



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

Правила пользования

Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

О программе

Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу <http://books.google.com>.

THE
UNIVERSITY
OF CHICAGO
LIBRARY

480
~~Вс~~
~~5137~~

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

1916 г.

КНИГА XV (III).

Москва.

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

ЖУРНАЛЪ
МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО
ОБЩЕСТВА,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

ПЕТРОГРАДСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА
ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕН-
НЫХЪ НАУКЪ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ
Б. А. Кистяковского.

БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦИИ ПРИНИМАЮТЪ:

А. С. Алексѣевъ †, Н. Г. Вавинъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ,
Н. В. Давыдовъ, Н. А. Каблуковъ, И. А. Кистяковский, М. М. Ко-
валевскій †, О. О. Кокошкинъ, С. А. Котляревскій, А. А. Манун-
ловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, І. А. Покровскій,
Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

Книга XV (III).

МОСКВА, 1916.

Въ виду ликвидаціи типографіи Г. Лисснера и Д. Собко эта книга должна была быть выпущена слѣшно, а потому въ нее не вошло Литературное Обозрѣніе. Слѣдующая книга будетъ напечатана въ другой типографіи и выйдетъ своевременно.



ТИПОГРАФІЯ Г. ЛИССНЕРА И Д. СОВКО.
Москва, Бодвинькина, *Кр стовоздник. пер., д. 2.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

І. А. Покровский. «Эросъ» и «этосъ» въ политикѣ	5
С. М. Роговинъ. Суверенитетъ государства и суверенитетъ права. Къ теоріи познанія права	17
А. М. Гурвичъ. Статья 65 Основныхъ Законовъ. Догматическій очеркъ.	30
Н. Н. Полянский. Споръ о юридической природѣ уголовного процесса .	70
Т. М. Яблочковъ. Суспензивное условіе и бремя доказыванія	87
Н. Н. Шапошниковъ. Въ защиту, такъ назыв., натуральной системы желѣзнодорожныхъ тарифовъ	127
А. Н. Филипповъ. М. М. Ковалевскій, какъ исследователь обычнаго права.	143

Юридическое обозрѣніе.

А. В. Маклецовъ. Новая общая тюремная инструкция	157
П. М. Минцъ. Два рѣшенія	176
А. С. Тагеръ. Уголовная хроника. Практика отдѣленій Угол. Касс. Департамента	185
В. И. Синайскій. Архивъ судебной практики и законодательства подъ редакціей <i>А. Э. Вормса</i>	199

Приложенія.

Стран.

Протоколы засѣданій Юридическаго Общества при Императорскомъ Ка-	
ванскомъ университетѣ за 1915 годъ	205
Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки	
общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ универ-	
ситетѣ	223

„Эросъ“ и „этось“ въ политикѣ.

По поводу одной полемики.

«Je tiens, que la vérité, l'équité ont sur nous des droits supérieurs à ceux de la patrie. Aucune illusion, aucune partialité en sa faveur n'est obligatoire pour nous. Mais que dis-je donc? Parler, écrire, prêcher la vérité, l'équité, sans égard pour le patriotisme vulgaire, c'est servir en réalité tout ensemble la vérité, l'équité et la patrie même».

P. Lacombe. L'idée de patrie. (Revue de métaphysique et de morale. 1904.)

Годъ тому назадъ на страницахъ «Юридическаго Вѣстника»¹⁾, подъ вліяніемъ нѣкоторыхъ тревожныхъ явленій русской и западно-европейской общественной жизни, мнѣ пришлось обратить вниманіе на ту громадную роль, которую играетъ вообще въ области права «ирраціональное», и въ связи съ этимъ указать на необходимость самаго строгаго этическаго контроля надъ многообразной стихіей чувства — особенно въ такіе моменты, какъ нынѣшній, когда все разрастающаяся кошмарная война грозитъ возрожденіемъ самыхъ первобытныхъ инстинктовъ. Съ той поры въ русской духовной атмосферѣ произошло, повидимому, серьезное ухудшеніе въ этомъ отношеніи: «ирраціональное» не только не контролируется надлежащимъ образомъ, но напротивъ того — начинаетъ заявлять о своей независимости, самозаконности.

Любопытной въ этомъ отношеніи является шедшая на страницахъ «Русской Мысли» за текущій годъ полемика по вопросу о націонализмѣ между гг. Мурстовымъ и Струве, съ одной стороны, и кн. Трубецкимъ, съ другой.²⁾ Полемика эта затрагиваетъ столь

¹⁾ «Ирраціональное» въ области права — «Юридическій Вѣстникъ» 1915 г., кн. III (XI).

²⁾ Статья Н. Бердяева на ту же тему въ августовской книжкѣ «Русской Мысли» появилась уже послѣ сдачи настоящей статьи въ печать и потому не могла быть принята здѣсь во вниманіе.

существенные вопросы права и политики вообще, что, думается намъ, «Юридическій Вѣстникъ» не можетъ обойти ее молчаніемъ.

Въ чемъ заключается истинная сущность того явленія, которое принято называть націонализмомъ? — спрашиваетъ г. Муретовъ и отвѣчаетъ такъ: «это есть не что иное, какъ тотъ же эросъ, лишь въ примѣненіи къ цѣлому народу». «Когда объектомъ слѣпой, выше разума, выше справедливости идущей любви дѣлается не личность отдѣльнаго человѣка, но историческій народъ, тогда возникаетъ видъ политическаго изступленія (курсивъ г. Муретова) — націонализмъ» («Русская Мысль», январь, стр. 67). Этотъ «эросъ», эта любовь, это «пристрастіе» къ своему народу, говоритъ далѣе г. Муретовъ, стоитъ внѣ вопроса о разумности или неразумности, нравственности или безнравственности. Это — нѣчто столь же стихійное, ирраціональное, какъ и любовь къ отдѣльному человеку, въ частности, любовь къ извѣстной конкретной женщинѣ.

Къ этой характеристикѣ націонализма, данной г. Муретовымъ, примыкаетъ и г. Струве. «Любовь къ своему народу и государству, говоритъ онъ («Русская Мысль», іюнь, стр. 95), есть могущественная стихія ирраціональнаго или даже сверхразумнаго порядка», и если г. Муретовъ опредѣляетъ ее, какъ политическій эросъ, то это, по мнѣнію г. Струве, «превосходная формула, ярко характеризующая неистребимое душевное существо націонализма».

Такова отправная идея обоихъ авторовъ. Если бы дѣло ограничилось подобной характеристикой націонализма, то можно быть увѣреннымъ, что никакой полемики и не возникло бы. Просто потому, что въ этой мысли по существу не заключается ничего новаго, что не было бы сказано уже много разъ раньше. Новымъ было бы лишь привнесеніе и сюда столь популярнаго въ настоящее время «эроса», но съ этимъ можно было бы и примириться.

Но дѣло въ томъ, что наши авторы на такомъ простомъ констатированіи «эротической» природы націонализма не остановились. Они придали открытому ими «эросу» значеніе гораздо большее, чѣмъ значеніе простого факта соціальной психологін; они возвели его на степень нѣкоторой категоріи должнаго. И вотъ это-то и вызвало двукратную отвѣдь со стороны кн. Трубецкаго.

Правда, оба наши авторы далеки въ этомъ послѣднемъ отношеніи отъ надлежащей ясности и опредѣленности. Г. Муретовъ, отвѣчая кн. Трубецкому, пытался даже утверждать, что въ его задачу вовсе не входило обсужденіе національнаго эроса съ точки зрѣнія должнаго. «У меня въ статьѣ, говоритъ онъ (апрѣль, стр. 90), не было вовсе никакой моральной позиціи», «мой вопросъ вовсе не моральный: какимъ должно быть отношеніе къ моему народу?»

а теоретическій: какъ нужно ставить самый вопросъ объ отношеніи къ народу?». Но авторъ здѣсь едва ли искрененъ. Уже въ своемъ первомъ этюдѣ онъ писалъ: «Націонализмъ теоретическій, т.-е. философское ученіе націонализма, можетъ и долженъ состоять въ оправданіи эроса въ политикѣ, какъ силы творческой, какъ того состоянія, въ которое впадаетъ душа народа, когда, одержимая великимъ гениемъ, она хочетъ родить. Сейчасъ я не ставлю себѣ задачу такого оправданія. Но мы переживаемъ моментъ, когда умершій и, казалось, погребенный навсегда эросъ пробуждается въ русскихъ сердцахъ. И причастныя такому изступленію души ощущаютъ уже тотъ зудъ и трепетъ, какой ощущаетъ она, по картинному выраженію Платона, когда растутъ у нея крылья. Мы хотимъ только выставить открыто и твердо исповѣданіе своего націонализма. Передъ лицомъ грозной опасности, переживаемой нами, мы должны смѣло любить свой народъ, свой путь, свою мечту въ исторіи свѣше всякой закономъ и разумомъ отпущенной мѣры» (январь, стр. 67—68; разбивка моя).

Такимъ образомъ, если г. Муретовъ не дастъ теоретическаго, т.-е. философскаго, оправданія націонализма, тѣмъ не менѣе его моральная позиція по существу ясна: мы должны любить свой народъ, и притомъ не просто любить, а любить во весь размахъ своего «эроса» — «свѣше всякой закономъ и разумомъ отпущенной мѣры».

Трудно было высказаться яснѣе: ощущаемый каждымъ изъ насъ «политическій эросъ», «національное изступленіе» рекомендуется г. Муретовымъ, какъ конечная инстанція для рѣшенія вопроса о томъ, что намъ дѣлать и какъ себя вести. Никакія рамки, установленныя закономъ, никакія требованія разума не могутъ и не должны насъ смущать: «политическій эросъ» выше всякихъ мѣрокъ закона и разума!

Совершенно правильно поэтому кн. Трубецкой усмотрѣлъ въ этой «философіи политическаго эроса» оправданіе всего, что можетъ быть вызвано стихійнымъ націоналистическимъ «зудомъ» и «изступленіемъ», — вплоть до еврейскихъ и всякихъ иныхъ погромовъ. Г. Муретовъ противъ этого протестуетъ, но какъ? «Принятіе любви, говоритъ онъ (апрѣль, стр. 94), не отмѣняетъ нравственнаго суда... Принять любовь не значитъ оправдать грѣхъ, но принять ее можно только, какъ она есть, съ ея подвигомъ и грѣхомъ». — Что это значитъ? Только одно: всякіе эксцессы націоналистическаго «изступленія» могутъ, быть, конечно, грѣхомъ, но разъ мы должны любить свой народъ, мы должны любить его

превыше всего; мы должны брать эту любовь такъ, какъ она есть, даже со всею ея мерзостью, даже со всѣми возможными на этой почвѣ преступленіями!.. Такъ, желая отвергнуть возводимое на него обвиненіе, г. Муретовъ только еще больше подтверждаетъ его...

Г. Муретовъ, какъ сказано, очень любитъ сопоставлять любовь къ народу съ любовью къ женщинѣ и для полной характеристики сверхразумности «политическаго эроса» приводитъ даже въ видѣ параллели любовь Салтыковского помпадуръ къ простой бабѣ, любовь, вызывающую со стороны этой послѣдней извѣстное постоянное восклицаніе: «и за что ты меня бабу-дуру любишь?» Мы же думаемъ, что гораздо болѣе вѣрную параллель «эросу» г. Муретова мы найдемъ въ чудесномъ разсказѣ Глѣба Успенскаго «Мнѣніе фельдшера Кузьмичева о современномъ обществѣ».

«А ежели посмотрѣть вообще, разсказываетъ о своихъ наблюденіяхъ надъ «эросомъ» земскій фельдшеръ Кузьмичевъ, то положительно душа содрогается. «Модмазель, говорю одной, вы должны побуждать своего мужа къ честнымъ поступкамъ и только въ такомъ случаѣ вы должны его любить. Ежели-жъ онъ совершилъ какой-нибудь подлый общественный поступокъ, вы должны наказать его своимъ презрѣніемъ». Что-жъ мнѣ отвѣчаютъ? «Я такъ думаю: который человѣкъ будетъ меня любить и даже готовъ себя изъ-за меня прозакладать, тотъ есть честный человѣкъ». — «А если онъ обокрадетъ казну и подаритъ вамъ золотой браслетъ?» — «Кто любить женщину всей душой, тотъ даже и Сибири не побоятся». — Это называется любовью; чтобъ позаботиться о прогрессѣ, это ужъ извините, никогда!»...

Не выдерживаетъ отношенія къ своему «политическому эросу», какъ къ простому факту, г. Муретовъ и въ томъ конкретномъ вопросѣ націонализма, который онъ нѣсколько ближе затрагиваетъ, — въ вопросѣ о націонализмѣ украинскомъ. Къ этому послѣднему г. Муретовъ относится совершенно отрицательно. Почему? А потому, говоритъ онъ, цитируя преосвященнаго Никона, что «человѣкъ не только констатируетъ различія, но оцѣниваетъ ихъ — принимаетъ или отвергаетъ. А оцѣнивая, онъ говоритъ: бываютъ различія важныя, оправдывающія культурныя раздѣленія на особыя народности, и бываютъ различія неважныя, такого раздѣленія неоправдывающія. Есть великій націонализмъ и есть націонализмъ малый, возводящій ничтожныя отличія на степень особаго національнаго сознанія. Когда я говорю: я русскій, то тѣмъ самымъ я говорю: я не нѣмецъ. И есть такому разрыву человѣчества на части оправданіе. Ибо русскій и нѣмецъ отличны

въ вещахъ глубоко цѣнныхъ. Стать нѣмцемъ русскій можетъ, лишь потерявъ свое человѣческое назначеніе, потерявъ свою правду. Украинство не выдерживаетъ такого испытанія. Украинскій націонализмъ долженъ замкнуться въ мелочь, стать провинціализмомъ, внести въ жизнь узость и слѣпоту сектанта: за батюшки ази жизни не пожалѣю» (январь, стр. 70—71).

Совершенно очевидно, что съ точки зрѣнія стихійности, сверхразумности «эроса» всѣ эти разсужденія г. Муретова не имѣютъ никакого смысла и лишены всякой убѣдительной силы. Если я люблю мою украинскую народность стихійно, «эротически», «свыше всякой закономъ и разумомъ отпущенной мѣры», то всѣ разсужденія и ограниченія «отъ разума» для меня звукъ пустой: люблю и кончено, сколько бы меня ни убѣждали: «и за что ты ее, бабу-дуру, любишь?» Г. Муретовъ, однако, убѣждаетъ, что любить не должно, и говоритъ о какихъ-то оправданіяхъ и цѣнностяхъ. Этимъ самымъ онъ, разумѣется, выходитъ уже далеко изъ плоскости фактовъ, переноситъ вопросъ въ плоскость должнаго и такимъ образомъ спутываетъ всю свою «философію» окончательно. Вѣдь, если стихійный «эросъ» можетъ и долженъ быть укрощенъ разумомъ тогда, когда онъ направленъ на неподходящій объектъ, когда онъ ведетъ только къ «націонализму малому», то совершенно непонятно, почему тотъ же «эросъ» въ видѣ «націонализма великаго» долженъ быть свободенъ отъ всякихъ «закономъ и разумомъ отпущенныхъ мѣръ», почему онъ въ правѣ быть «выше совѣсти», почему онъ долженъ быть принятъ такимъ, какъ онъ есть, — «со всѣмъ своимъ подвигомъ и грѣхомъ»...

Но логическая непоследовательность г. Муретова весьма характерна: на двѣ стороны у него двѣ разныя мѣрки. Убѣждая представителей украинскаго націонализма отказаться отъ своего «эроса», подавить въ себѣ свое стихійное чувство, онъ по адресу русскаго «великаго націонализма» не знаетъ никакихъ ни ограниченій ни оговорокъ. Здѣсь можно любить «смѣло», здѣсь «причастныя эротическому изступленію души» въ правѣ дѣйствовать во весь размахъ своего изступленія, хотя бы оно сопровождалось порою и грѣхомъ!

Быть можетъ, съ точки зрѣнія той «эротической науки», на которую ссылается г. Муретовъ (апрѣль, стр. 92), всѣ эти несообразности и объяснимы, но онѣ рѣшительно противорѣчатъ самой элементарной человѣческой логикѣ и самой элементарной потребности въ справедливости. И въ этомъ смыслѣ вся «эротическая философія» г. Муретова представляетъ изъ себя нѣчто выдающееся

по своей непродуманности¹⁾, а съ точки зрѣнія своихъ послѣдствій заставляетъ повторить слова фельдшера Кузьмичева: «положительно душа содрогается!...».

На поддержку г. Муретова выступилъ П. Б. Струве. Однако, характеръ этой поддержки различенъ. Послѣ первыхъ этюдовъ г. Муретова, г. Струве счелъ необходимымъ въ той же январской книжкѣ сопроводить ихъ нѣкоторымъ послѣсловіемъ отъ себя, послѣсловіемъ, которое онъ озаглавилъ «Блюденіе себя. Нравственная основа націонализма». Г. Струве говоритъ здѣсь, что г. Муретовымъ выяснена только одна сторона; другая же, не менѣе существенная, оставлена въ тѣни. «По существу дѣла эросъ неразрывно связанъ съ этосомъ. Всякая подлинная любовь, всякій истинный эросъ есть въ то же время всегда величайшая нравственная задача». Это значитъ слѣдующее: «Если мы подлинной любовью любимъ нашъ народъ и наше государство, то въ ихъ жизни мы должны стремиться внести величайшую степень нравственной силы, т.-е. призывать къ упорной и суровой работѣ нравственного совершенствованія». «Истинный націонализмъ, такимъ образомъ, заключаетъ г. Струве, есть задача борьбы съ внѣшнимъ врагомъ..., но въ меньшей степени онъ есть и нравственная борьба съ собственной духовной слабостью. Не внутренняя междоусобная брань, а именно возвышающееся надъ всѣми междоусобіями суровое ко злу, но любовное къ людямъ блюденіе себя во имя великихъ задачъ».

Какъ видимъ, здѣсь не только нѣтъ рѣчи объ эросѣ «свыше всякой законѣ и разумѣ отпущенной мѣры», но, напротивъ того, эросъ объявляется неразрывно связаннымъ съ этосомъ, признается ограниченнымъ «великими задачами нравственного совершенствованія». И снова правъ былъ кн. Трубецкой, когда выразилъ г. Струве недоумѣніе, какимъ образомъ онъ могъ смотрѣть на свою статью лишь какъ на простое дополненіе этюдовъ г. Муретова.

Но въ своемъ іюньскомъ заключительномъ словѣ г. Струве выражается уже иначе. Признавая всякія опасности, присущія націонализму какъ эросу, и усматривая гарантію противъ этихъ опасностей въ томъ же «блюденіи себя», въ «проникновеніи эроса этосомъ», онъ уже придаетъ этому проникновенію иной смыслъ. «Дѣло тутъ идетъ, говоритъ онъ, вовсе не о подчиненіи эроса

¹⁾ Кстати сказать, она лишена и оригинальности: еще въ 1904 г. А. Фулле въ своей статьѣ «L'idée de Patrie» (въ *Revue de métaphysique et de morale*), характеризуя ложный патриотизмъ («faux patriotisme») говоритъ: «L'amour de la nation, suivant quelques-uns, serait «irrationnel» et devrait rester religieusement «irraisonné»; pour être patriote, il faut se laisser aller aux «instincts sous-jacents», avec la foi du charbonnier». Какъ видимъ, г. Муретовъ ничѣмъ не отличается отъ этихъ «quelques-uns».

этосу, ибо такое подчинение невозможно, а если бы и было возможно, то обозначало бы калѣчение и коверканіе, а именно взаимнопроникновение (слѣдуетъ читать, конечно: о взаимнопроникновеніи. I. П.) двухъ равноправныхъ стихій» (разбивка моя. — I. П.).

«Въ этомъ вопросѣ, продолжаетъ далѣе г. Струве, повидимому, наибольшее разногласіе между кн. Е. Н. Трубецкимъ и мною. Онъ, повидимому, полагаетъ, что историческіе задачи и пути народовъ подчиняются или должны подчиняться какому-то распознаваемому для индивидуальнаго разума абсолютному нравственному закону, который мыслится имъ, насколько я могу судить, на подобіе категорическаго императива Канта. Я этого взгляда раздѣлить не могу. Историческіе задачи и пути народовъ и государствъ не могутъ быть разсматриваемы съ точки зрѣнія хотя бы и самыхъ возвышенныхъ началъ индивидуальнаго поведенія. Признавать это—не значитъ впадать въ аморализмъ, а лишь утверждать, что въ лицѣ народовъ и государствъ мы имѣемъ передъ собой историческихъ субъектовъ, несоизмѣримыхъ съ индивидуальными субъектами. Я убѣжденъ, что поскольку тутъ можетъ быть рѣчь о судѣ, дѣйствія этихъ сверхъиндивидуальныхъ субъектовъ подлежатъ непосредственно суду религіознаго сознанія. Я знаю, что эта точка зрѣнія представляетъ свои серьезныя опасности и соблазны, что она поддается грубо-матеріалистическому истолкованію, вѣрнѣе, извращенію. Но, тѣмъ не менѣе, внѣ нея невозможно ни пониманіе, ни оправданіе такихъ явленій, какъ война».

Мы видимъ, что, какъ и слѣдовало ожидать, вопросъ поднялся до своей теоретической вершины. Однако, прежде нежели мы коснемся этой вершины, намъ хотѣлось бы остановиться нѣсколько на взаимномъ соотношеніи того, что говорилъ намъ авторъ въ январѣ, съ тѣмъ, что онъ говоритъ въ іюнѣ.

Какъ мы видѣли, въ январѣ «блюденіе себя», «проникновение зрота этосомъ» обозначало нѣкоторое внутреннее дисциплинированіе себя и народа «во имя великихъ задачъ», обозначало «упорную и суровую работу нравственнаго совершенствованія». Какъ же иначе можно было все это понять, какъ не въ смыслѣ подчиненія зрота этосу? Теперь оказывается иное. Теперь, прежде всего, подобное подчиненіе объявляется невозможнымъ, а если бы оно и было возможнымъ, то обозначало бы лишь калѣчение и коверканіе. Но какъ же тогда быть съ рекомендуемымъ г. Струве «блюденіемъ себя»? Вѣдь оно тоже тогда становится невозможнымъ, ибо «блюсти себя», дисциплинировать свое поведеніе возможно только, подчиня

свои поступки тѣмъ или инымъ «великимъ задачамъ нравственнаго совершенствованія». Конечно, при этомъ иногда придется, можетъ быть, прибѣгнуть къ радикальной переработкѣ своей порочной натуры, но что же, отвергнетъ ли г. Струве такую переработку, какъ вредное «калѣченіе и коверканіе»? Оправдаетъ ли г. Струве человѣка, дошедшаго въ своемъ «націоналистическомъ изступленіи» до погромовъ, на томъ только основаніи, что радикальная передѣлка его натуры была бы его «калѣченіемъ»? Осудитъ ли онъ того же человѣка, если онъ путемъ такого внутренняго «калѣченія» избавится отъ погромной страсти и посвятитъ себя служенію инымъ, истинно великимъ задачамъ? Мой умъ отказывается здѣсь понимать г. Струве, отказывается понимать, въ чемъ же имъ можетъ заключаться проповѣдуемое имъ теперь «взаимопроникновеніе эроса и этоса». И что обозначаетъ подчеркиваемая имъ теперь «равноправность» этихъ двухъ стихій? Значитъ ли это, что иногда эросъ долженъ уступить этосу, иногда же, наоборотъ, этосъ долженъ ступать передъ эросомъ? Если такъ, то тогда г. Струве дѣйствительно очень близко подошелъ къ г. Муретову съ его проповѣдью любви такъ, какъ она есть, съ ея подвигомъ и грѣхомъ, т.-е. съ эвентуальнымъ признаніемъ всевозможныхъ «сверхразумныхъ» проявленій «политическаго изступленія»...

Г. Струве выдвигаетъ ученіе о томъ, что «историческія задачи и пути народовъ и государствъ не могутъ быть разсматриваемы съ точки зрѣнія хотя бы и самыхъ возвышенныхъ началъ индивидуальнаго поведенія». Но, вѣдь, въ вопросѣ о «блюденіи себя» идетъ рѣчь именно объ индивидуальномъ поведеніи каждаго изъ насъ въ отдѣльности, объ ориентированіи нашей жизни и дѣятельности на тѣхъ или иныхъ началахъ. Гдѣ же могутъ быть взяты нами эти начала, какъ не въ «этосѣ»? Или г. Струве думаетъ, что мы должны раздвоить нашу душу: оставивъ «этосъ» для частныхъ сношеній, въ вопросахъ, касающихся народа и государства, руководиться соображеніями объ «историческихъ задачахъ и путяхъ»? Но такое раздвоеніе противорѣчитъ стремленію нашего духа къ единству и гармоніи и потому неосуществимо. Одно изъ двухъ: либо «этосъ» восторжествуетъ надъ всѣмъ, либо же все подчинится «задачамъ и путямъ», какъ мыѣ расшишетъ ихъ «эросъ».

И что несетъ съ собою эта проповѣдь «равноправности» эроса? Въ области международныхъ отношеній освобожденіе національнаго эгонзма отъ всякихъ сдержекъ, поощреніе всяческаго империализма, отрицаніе права «малыхъ» народовъ на существованіе (вспомнимъ «малый націонализмъ» г. Муретова), оправданіе всякихъ средствъ для достиженія «историческихъ задачъ» и т. д. —

словомъ, все то, чѣмъ пропитанъ нынѣшній воинствующій германизмъ и противъ чего мы въ настоящей войнѣ боремся. Если бы воззрѣніе гг. Струве и Муретова восторжествовало, тогда, чѣмъ бы ни кончилась война на полѣ битвъ, побѣдителемъ все же оказался бы этотъ воинствующій германизмъ, такъ какъ онъ овладѣлъ бы врагомъ въ самомъ важномъ — въ самой его душѣ.

Въ области внутренней политики это ученіе обозначаетъ, также въ конечномъ счетѣ уничтоженіе всякихъ началъ нравственности и права. Г. Струве говоритъ: «Что можно сказать, напримѣръ, о Петрѣ Великомъ, подходя къ нему съ аршиномъ категорическаго императива? Съ этой точки зрѣнія процессъ созданія всякаго великаго государства есть цѣпь предосудительныхъ происшествій и даже преступленій». Усвоивъ ученіе г. Струве, всякій правитель, даже болѣе того — всякій случайный временщикъ, будетъ въ правѣ считать себя свободнымъ отъ этическихъ и юридическихъ сдержекъ, будетъ въ правѣ считать себя управомоченнымъ даже на преступленіе, ибо никому нельзя помѣшать возмнить себя Петромъ Великимъ и по своей фантазіи заботиться о величіи государства. Съ другой стороны, развязываются руки и у отдѣльных частныхъ лицъ: каждый, движимый своимъ «эросомъ», въ правѣ всѣми доступными ему средствами стремиться къ постановкѣ и достиженію «національныхъ задачъ», какъ онъ ему представляются, не останавливаясь ни передъ совершеніемъ преступленій, ни передъ нарушеніемъ нравственности. И совершенно очевидно, что при такихъ условіяхъ мы будемъ быстро итти къ разрушенію создавашагося съ такимъ трудомъ правового порядка и къ водворенію анархическаго неистовства «политическихъ изступленій».

Для всего ли этого исторія человѣчества проходила свой мучительный путь? Для того ли, чтобы восторжествовала подобная «философія» «политическаго эроса», льются теперь рѣки человѣческой крови?

Какъ и два года тому назадъ¹⁾, мы твердо вѣримъ какъ разъ въ обратное: нынѣшняя война ведется не за силу, а за право, не за «эросъ» противъ «этоса», а наоборотъ — за «этосъ» противъ исключительности «эроса». И въ этомъ-то этическое оправданіе нынѣшней войны, котораго не могутъ найти ни г. Муретовъ ни г. Струве.

Поднимаемся, однако, къ верховному тезису г. Струве. Какъ мы видѣли, по его мнѣнію, этическія мѣрки непримѣнимы къ народамъ

¹⁾ «Сила или право?» «Юридическій Вѣстникъ», 1914 г., кн. VII—VIII.

и государствамъ потому, что въ лицѣ ихъ «мы имѣемъ передъ собой историческихъ субъектовъ, несомнѣримыхъ съ индивидуальными субъектами».

Что же это, однако, за субъекты? Г. Струве, конечно, извѣстно, какъ давно и какъ упорно человѣческая мысль работаетъ надъ вопросомъ о сущности общества и сущности государства. Ему, разумѣется, также извѣстно, что современное познаніе отвергаетъ какую-либо особую, надъ-индивидуальную, субстанцію «народнаго духа» или общественнаго «организма». Даже ближайшій соратникъ г. Струве, г. Муретовъ, въ своемъ этюдѣ о «понятіи народности» (май, стр. 125), отрешивается отъ мысли, «будто бы все сказанное поконится на нѣкоторомъ метафизическомъ построеніи, допускающемъ нѣкую метафизическую сверхъ-индивидуальную субстанцію народной души». Даже для г. Муретова «носителями національнаго сознанія являются лишь индивидуальныя сознанія отдѣльныхъ людей». Тѣмъ болѣе для всей нынѣшней соціальной науки, повидимому, общепризнанной истиной является положеніе, что подлинная сущность всякаго общества, а въ томъ числѣ всякаго народа и всякаго государства, заключается въ томъ особомъ взаимодействіи, можно даже сказать — созвучіи индивидуальныхъ психическихъ состояній, которое складывается и живетъ въ его нѣдрахъ. Народъ или государство не является, такимъ образомъ, чѣмъ-то совершенно отличнымъ отъ составляющихъ его индивидовъ, а есть лишь извѣстнымъ образомъ организованный духовный союзъ этихъ послѣднихъ. Народъ и государство не есть нѣчто гдѣ-то внѣ насъ стоящее, а мы сами въ нашей совокупности и поколѣнной преемственности¹⁾.

При такихъ условіяхъ совершенно недопустимо въ такой степени отрывать нашъ народъ и наше государство отъ насъ самихъ, какъ это дѣлаетъ г. Струве. Жизнь народа есть наша жизнь и наоборотъ. Дѣятельность народа на всѣхъ поприщахъ жизни (экономики, техники, литературы, искусства и т. д.) складывается изъ индивидуальныхъ исканій и достижений. Этими послѣдними вырабатываются тѣ цѣнности, которыя составляютъ затѣмъ національное достояніе и національную гордость, но въ нихъ же отлагается и то, что образуетъ затѣмъ народный порокъ и позоръ. Каждый изъ насъ всей своей мыслью и дѣятельностью привноситъ нѣчто въ народную жизнь, участвуетъ въ созданіи ея духовной атмосферы. Каждое наше слово, каждое наше дѣло, великое и малое.

¹⁾ Ср. P. Marguet, Sur l'idée de patrie (Revue de métaphysique et de morale 1904, p. 861): «notre patrie, c'est nous-même tout entier, avec toutes nos tendances, avec tous nos désirs»...

доброе и злое, вызываетъ тотчасъ же соотвѣтственный резонансъ въ окружающей насъ общественной психологіи, направляетъ ея колебанія въ ту или въ иную сторону. Взамѣнъ этого каждый изъ насъ ежедневно и ежечасно испытываетъ свою зависимость отъ окружающихъ: ихъ благоденствіе или нужда, ихъ радость или горестъ, благорасположеніе или злость болѣе или менѣе близкимъ рефлексомъ отражаются и на насъ. Мириады матеріальныхъ и психическихъ нитей соединяютъ насъ и все сильнѣе и сильнѣе заставляютъ насъ, радостно или съ болью, чувствовать: народъ — это мы! государство — это мы!

Тѣ «историческіе пути и задачи «народовъ и государствъ, о которыхъ говоритъ г. Струве, иначе — ихъ «миссіи» въ общей исторіи человѣчества, въ своей полнотѣ и конечности такъ же, какъ и «пути Господни» вообще, «неисповѣдимы». Но въ каждый данный моментъ, передъ каждымъ даннымъ поколѣніемъ они представляются въ видѣ вопроса: что намъ дѣлать, какъ намъ поступить? Можемъ ли мы совершить (международное или внутреннее — все равно) насиліе и предательство или нѣтъ? И при разрѣшеніи этого вопроса чѣмъ инымъ можемъ руководиться мы, какъ не нашими представленіями о должномъ, т.-е. въ конечномъ счетѣ не нашими этическими убѣжденіями? Какъ можемъ мы допустить рядомъ съ ними какую-то иную инстанцію? Чѣмъ сильнѣе живетъ въ насъ нравственное чувство (а этого же, вѣдь, надо желать) и чѣмъ ярче наше сознаніе: народъ это мы (а, вѣдь, этого также надо желать), тѣмъ недопустимѣе, тѣмъ непонятнѣе кажется разрывъ между поведеніемъ нашимъ и поведеніемъ народа (или государства). Мы въ отдѣльности не можемъ совершить насилія или воровства, а тѣ же мы, прикрывшись именемъ народа или государства, можемъ? Съ такимъ софизмомъ примириться нельзя, и если его будутъ выдвигать предъ нами, какъ повелительный догматъ, какъ «категорическій императивъ», то неизбѣжно возникновеніе рокового вопроса: да точно ли, при такихъ условіяхъ, народность и государство являются этической цѣнностью, не суть ли они, наоборотъ, наводненіе діавола, не вѣрнѣе ли истина, что предъ лицомъ правды Божіей «нѣсть ни эллинъ ни іудей»?

И когда говорятъ, какъ говоритъ г. Струве, что дѣйствія народовъ и государствъ не могутъ подлежать нравственному суду, когда такимъ путемъ создаютъ своеобразную диспенсацію отъ нравственного закона для всяческихъ преступленій и грѣховъ «во имя народа», то этимъ, думается мнѣ, оказываютъ идеѣ народа и государства плохую услугу. Несомнѣннымъ результатомъ подобной проповѣди будетъ то, что не нравственный законъ,

а именно идея народа и государства окажется компрометированной¹⁾).

Но мы вѣримъ, что такая проповѣдь длительного успѣха имѣть не можетъ. Сознаніе «государство — это мы» растетъ. Знакомъ этого роста является непрерывное расширеніе участія населенія въ устроеніи своихъ судебъ, непрерывная демократизація государственныхъ учреждений. Вмеѣстѣ съ тѣмъ растетъ и сознаніе нравственной отвѣтственности, и только въ этомъ послѣднемъ коренится облегчающая современную тяготу надежда, что наступитъ время, когда и государства признають надъ собой право и человѣчество сомкнется въ одинъ великій союзъ большихъ и малыхъ народностей, дружно работающихъ надъ созданіемъ великихъ общечеловѣческихъ цѣнностей.

«Эросъ» долженъ быть, но только эросъ къ добру, т.-е. къ тому, что указывается «этосомъ». И съ этой точки зрѣнія мы стократно готовы повторять хорошее январское слово г. Струве: «Подлинный націонализмъ, заключаая въ себѣ нравственную задачу, требуетъ непрерывнаго моральнаго творчества, объемлющаго и личную жизнь и общественныя отношенія и государственныя задачи». А потому — будемъ «блюсти себя»! Будемъ строго блюсти себя «во имя великихъ задачъ нравственнаго совершенствованія»!

І. Покровскій.

¹⁾ Правильно говоритъ А. Фулль въ цитированной выше статьѣ «L'idée de patrie»: «Le nationalisme politique, en faisant de l'Etat je ne sais quel monstre au dessus du droit, dénature et avilit l'idée de patrie en même temps que celle d'humanité».

Суверенитетъ государства и суверенитетъ права¹⁾.

Къ теоріи познанія права.

«Теологія, юриспруденція и философія, — говоритъ юристъ начала XVII вѣка Бенедиктъ Винклеръ въ своихъ *«Principia iuris»*, — суть истинныя Граціи, которыхъ мы не можемъ представить себѣ иначе, какъ въ тѣсныхъ объятіяхъ». Образная мысль этого предшественника Гроція осталась бы, быть можетъ, вѣрной не только для его, но и для послѣдующаго времени, если бы юриспруденціи не пришлось вскорѣ дѣлать выборъ между двумя крайними Граціями — философіей и теологіей, пути которыхъ явственно расходились. А когда теологія могла съ своей стороны предложить только декалогъ, т.-е. десять заповѣдей Моисеевыхъ, и нѣсколько текстовъ Новаго Завѣта, философія же открывала перспективы всеобъемлющаго и достовѣрнаго познанія изъ началъ свободнаго разума, подчиненнаго только своему же методу, то выборъ, конечно, было сдѣлать не трудно: юриспруденція соединила свою судьбу съ философіей и, войдя въ составъ ея, въ качествѣ ингредиента *philosophiae moralis*, взяла на себя познаніе силою разума вѣчныхъ и неизмѣнныхъ законовъ естества въ сферѣ человѣческихъ отношеній.

Такое положеніе вещей длилось добрыхъ полтора вѣка, возстановилось отчасти и впослѣдствіи. Былъ, однако, промежуточный моментъ въ исторіи мысли, когда юриспруденція рядомъ съ философіей не было. Это былъ тотъ самый моментъ, когда философіи пришлось передъ судомъ критики отчитываться за свои увлеченія, когда Кантъ ставилъ вопросъ о возможности и предѣлахъ познанія изъ чистаго разума. Былъ поставленъ и разрѣшенъ вопросъ о воз-

¹⁾ Настоящая статья воспроизводитъ лекцію, прочитанную pro venia legendi на юридическомъ факультетѣ Моск. унив. 7 мая 1916 г.

возможности синтетических суждений а priori въ математикѣ, въ метафизикѣ, въ этикѣ, но вопросъ о взаимоотношеніи чистаго и опытнаго элемента въ сужденіяхъ о правѣ не былъ ни поставленъ, ни разрѣшенъ. Что было тому причиной — недостаточная ли дифференцированность противоположныхъ направленій въ наукѣ права, увлеченіе ли революціей, провозгласившей естественныя права человѣка и гражданина, революціей, въ которой Кантъ видѣлъ начало новой эры въ исторіи человѣчества, ослабленіе ли умственной энергіи гения, обратившагося къ вопросамъ права лишь на закатѣ жизни, или что-нибудь еще — мы можемъ сейчасъ оставить безъ разсмотрѣнія. Для насъ важно сейчасъ только то, что въ отношеніи нашей науки Кантъ смѣнилъ роль судьи на роль одной изъ сторонъ и что поэтому въ исторіи ея идей онъ является не единственнымъ въ своемъ родѣ реформаторомъ, а лишь первымъ среди равныхъ (*primus inter pares*), завершителемъ традицій Гроція, Томазія, Руссо.

Этотъ фактъ, осложненный политической атмосферой реакціи, видѣвшей въ тѣхъ результатахъ, къ которымъ пришла доктрина естественнаго права, чуть не единственную причину пережитыхъ міромъ потрясеній, имѣлъ для науки права послѣдствія неисчислимыя. При всемъ богатствѣ и значительности идей послѣдкантовской идеалистической философіи не отъ нея, конечно, можно было ждать точнаго расчлененія различныхъ элементовъ юридическаго познанія. Дѣло реформы отходитъ поэтому отъ философіи и становится достояніемъ школъ, выражающихъ потребность той или иной изъ развивающихся юридическихъ наукъ. Каждая изъ этихъ школъ можетъ, конечно, вытѣснить ту или иную особенность сложившейся доктрины естественнаго права, особенность, мѣшающую естественному росту науки, представляемой школой, но ни одна не можетъ преодолѣть этой доктрины по началамъ философской критики. Такъ, историческая школа юристовъ, правильно указавъ на односторонность чисто отвлеченнаго разсмотрѣнія права, — разсмотрѣнія, дававшего въ результатѣ положенія съ вѣвременною силой геометрическихъ аксіомъ, въ дальнѣйшемъ вновь попадаетъ въ сферу вліянія естественно-правовой идеи и говоритъ объ «органическомъ», «нормальномъ», «безболѣзненномъ» ростѣ права, о непризнанности нашего времени къ законодательству и т. д. Но получимъ ли мы систему права въ результатѣ отвлеченнаго разсмотрѣнія человѣческой природы, или же въ результатѣ историческаго созерцанія судебъ какой-либо народности — передъ нами одинаково будетъ естественно-правовое построеніе. Несравненно опаснѣе для естественнаго права ученіе формально-юридической школы, основан-

ной Альбрехтомъ и Герберомъ въ сороковыхъ годахъ прошлаго вѣка и сразу занявшей весьма принципиальную позицію. Выдвинутая на первый планъ идея чистой положительности всего права дѣйствительно грозна для права естественнаго, и если школъ не удалось послѣдовательно провести своей идеи, то объясняется это только исключительной живучестью естественно-правовыхъ представлений.

Мы теперь подошли вплотную къ нашей темѣ, такъ какъ именно формально-юридическая школа выставяетъ одинъ изъ подлежащихъ обсужденію тезисовъ. Поэтому, прежде чѣмъ дать суммарную характеристику ея ученія, я считаю необходимымъ указать, что обсужденіе интересующей насъ проблемы въ противопоставленныхъ терминахъ: суверенитетъ государства и суверенитетъ права, не совсемъ правильно, хотя бы потому, что рядомъ съ суверенными государствами теоріи извѣстны и государства несуверенныя. Но такъ какъ именно въ этомъ противопоставленіи выразилъ свою мысль одинъ изъ наиболее яркихъ представителей оппозиціоннаго теченія голландскій ученый Краббе, то, мнѣ кажется, мы можемъ эту терминологию удержать, предупредивъ, что терминъ «суверенитетъ» берется здѣсь не въ строго техническомъ его пониманіи, а въ смыслѣ логическаго пріоритета.

Первоначальная задача формально-юридической школой — дать опредѣленіе публично-правового принципа независимо отъ началъ частнаго права — въ силу логическаго развитія мысли превращается въ задачу уже всеобъемлющую, а именно — дать общее опредѣленіе всего правопорядка въ цѣломъ, такъ какъ изъ двухъ сферъ правопорядка — публичной и частной — вторая базируется на первой. Основной принципъ частнаго права есть равноцѣнность противостоящихъ другъ другу волей, основной принципъ публичнаго — неравноцѣнность — т.-е. отношеніе властвованія и подчиненія. Ошибка естественно-правовыхъ ученій и заключалась именно въ желаніи свести публично-правовой принципъ на принципъ частно-правовой, т.-е. вывести отношеніе властвованія и подчиненія изъ отношенія равноцѣнныхъ и согласныхъ волей, иными словами изъ договора, чѣмъ въ корнѣ извращалось дѣйствительное положеніе вещей. Ибо на чемъ основано наше убѣжденіе въ обязательности договора, которымъ учителя естественнаго права думаютъ учредить власть? Если мы не хотимъ вернуться къ теологическимъ представленіямъ, то должны будемъ признать, что обязательность эта зиждется не на фактѣ совпаденія двухъ или болѣе волей, а на томъ значеніи, которое придаетъ этому совпаденію законъ. Но законъ есть не что иное, какъ велѣніе властвующей воли,

и потому мысль приверженцевъ естественнаго права движется въ порочномъ кругу.

Но какими особыми чертами характеризуется публичная власть, ибо съ отношеніями властвованія и подчиненія приходится вѣдь встрѣчаться и въ частной сферѣ? Власть эта, отвѣчаютъ представители школы, можетъ принадлежать только государству, какъ цѣлому, какъ юридическому лицу, а отнюдь не физическимъ лицамъ, которыя являются только органами государственной воли. Однако и этотъ признакъ недостаточенъ, такъ какъ вѣдь и юридическимъ лицамъ частной сферы и другимъ, кромѣ государства, юридическимъ лицамъ публичной сферы можетъ принадлежать извѣстная власть. Поэтому государственная власть въ отличіе отъ власти, принадлежащей другимъ юридическимъ лицамъ, какъ частной, такъ и публичной сферы, должна быть охарактеризована какъ власть первоначальная, т.-е. ни кѣмъ не сообщенная и не переданная. Въ государствахъ суверенныхъ, какими являются большинство современныхъ государствъ, эта власть юридически безгранична, ибо все право есть только ея велѣнія, которыя всегда могутъ быть ею измѣнены, велѣнія, обращенныя къ подданнымъ или къ ея органамъ, но не къ ней самой, такъ какъ надъ этой властью мыслимо только юридически пустое пространство, юридическое ничто.

Но чтобы велѣнія государственной воли могли быть проведены въ жизнь, осуществлены, эта воля должна быть мощью, и именно понятіе юридически безграничной воли въ соединеніи съ мощью, если и не безграничной, то все же несоизмѣримой съ силами отдѣльныхъ лицъ, даетъ намъ истинное представленіе о власти сувереннаго государства.

Итакъ, воля государства паритъ надъ созданнымъ ею правопорядкомъ, опирающимся на нее и только на нее. Юристъ, слѣдовательно, получивъ формальный критерій права, можетъ почитать себя удовлетвореннымъ и, не мудрствуя о внутренней цѣнности положеній, съ которыми ему приходится имѣть дѣло, приступить къ своей непосредственной задачѣ анализа и систематизаціи.

На первый взглядъ можетъ показаться, что изложенное нами построеніе формально-юридической школы просто воспроизводитъ ученіе Бодена о *potestas absoluta sive legibus soluta* (или, какъ онъ еще называлъ ее, *potestates infinita*) и Левіафанъ Гоббса. Однако такое мнѣніе было бы безусловно ошибочнымъ. Не говоря уже о Боденѣ, который ограничивалъ свою «безграничную власть» и закономъ Бога, и закономъ природы, и частной собственностью и даже основными законами государства (*imperii leges*), даже и для

Гоббса абсолютная власть государства не есть нѣчто данное, что не подлежитъ дальнѣйшему юридическому анализу, а всегда только эффектъ определенной юридической сдѣлки. Эта сдѣлка регулируется не государственнымъ, а естественнымъ правомъ и потому надъ государствомъ всегда властвуетъ определенная правовая идея. Но съ такимъ возрѣніемъ и борется формально-юридическая школа. Для школы признать право подъ государствомъ значить отрицать первоначальную природу властвованія, какъ специфическаго явленія публичной сферы, значить отрицать формальный признакъ права, коренящійся въ волѣ государства — иными словами, отказаться отъ самой себя.

Еллинекъ, этотъ поистинѣ *enfant terrible* школы, первый, кажется почувствовалъ, что все построение грѣшится ошибкой *plus petitio*, ибо, взявшись установить специфическую правовую природу публичныхъ отношеній, школа до такой степени увлеклась этой специфичностью, что должна была логически притти къ выводу о невозможности какихъ-либо правовыхъ отношеній между государствомъ и подданными. Извѣстно, какъ онъ попытался выйти изъ этого затрудненія. Его теорія государственнаго самообязыванія, построенная по аналогіи съ автономной этикой, излагалась неоднократно, признанія не встрѣтила, и мы поэтому можемъ не останавливаться на ея содержаніи и критикѣ. Она, однако, для насъ неосцѣнима, какъ пзвѣстный симптомъ.

У того же Еллинека есть любопытный этюдъ подъ страннымъ на первый взглядъ заголовкомъ: «Адамъ въ ученіи о государствѣ». Въ немъ онъ, прослѣживая вліяніе представленія о прародителѣ человѣческаго рода на судьбы государственно-правовыхъ ученій, утверждаетъ, что это вліяніе отнюдь неисчерпывается доктринами, прямо выводящими Адама на авансцену: по его мнѣнію, всѣ естественно-правовыя построенія, исходящія изъ представленія о чловѣкѣ, живущемъ первоначально въ состояніи изолированности, а впослѣдствіи принимающемъ на себя обязанности въ качествѣ члена общественнаго цѣлаго, внушены все тѣмъ же библейскимъ преданіемъ. Но нужно быть весьма пристрастнымъ, чтобы не видѣть, что и собственная теорія Еллинека, постулирующая изолированную государственную волю, юридически себя обязывающую своими собственными актами, зиждется все на томъ же библейскомъ преданіи: это переходъ государства изъ естественнаго состоянія въ гражданское. И это ученіе Еллинека я назвалъ симптоматическимъ именно потому, что вся школа склонна мыслить свое государство по тому же образцу, по которому естественно-правовыя ученія мыслили индигеида.

Въ самомъ дѣлѣ, что такое это первоначальное отношеніе властвованія и подчиненія, полагаемое въ основу всего зданія, возводимого школой? Если это отношеніе чисто фактическое, если государственная власть есть раньше всего мощь, какъ сила природы, какъ «молнія и лавина», по выраженію одного изъ эпигоновъ школы, то совершенно ясно, что и всѣ дальнѣйшія опредѣленія не могутъ подняться надъ уровнемъ факта и что даже велѣніе такой власти должно разсматриваться и объясняться не по своему содержанию, а только какъ внутреннія ея состоянія. И здѣсь не помогутъ никакіе палліативы, въ родѣ ученія о правообразующей силѣ факта, ибо, какъ только фактъ превращается въ право, получая признанія какъ таковое, онъ тотчасъ же перестаетъ быть только фактомъ и подлежитъ совершенно другому разсмотрѣнію.

Если же государство притязаетъ на власть по праву, то въ какомъ же порядкѣ можетъ она почерпнуть свои полномочія? Въ положительномъ, т.-е. ею самой созданномъ? Въ такомъ случаѣ мысль школы вращается въ такомъ же, если не худшемъ, порочномъ кругу, что и мысль учителей естественнаго права: законъ получаетъ свою силу отъ закона же. Но если государственная власть не можетъ опереть своихъ притязаній на положительный порядкъ, то на какой же? Мысль, переживъ нѣкоторый діалектическій процессъ, неизбѣжно приходитъ къ тому же, съ чего началось отрицаніе: къ правопорядку естественному.

Указанные дефекты въ конценціи формально-юридической школы могли оставаться въ тѣни, пока ей приходилось прокладывать путь среди возрѣній значительно болѣе отсталыхъ и пока очередныя задачи, къ которымъ методъ, предложенный школой, примѣнялся съ несомнѣннымъ успѣхомъ, не отвращали взора отъ основныхъ и принципиальныхъ вопросовъ. Но когда идеи, проповѣдуемыя школой, вошли въ общее сознаніе, ея органическій порокъ долженъ былъ такъ или иначе выявиться. Приблизительно въ концѣ прошлаго, главнымъ же образомъ въ началѣ настоящаго столѣтія, уже опредѣленно намѣчается новое теченіе, провозглашающее иное начало, идущее на смѣну старому: по терминологіи одного изъ видныхъ его представителей суверенитетъ права имѣетъ замѣнить суверенитетъ государства. И какъ всякая истинно-цѣнная система идей, ученіе формально-юридической школы само же предугазываетъ пути дальнѣйшаго развитія. Субъектомъ публичной власти, училъ Герберъ, является всегда государство, какъ юридическое лицо. Его воля, слѣдовательно, отнюдь не тождественна съ волею отдѣльныхъ физическихъ лицъ, являющихся только его органами, а конструируется на основаніи правилъ, предусмотрѣн-

ныхъ положительнымъ правомъ. Поэтому для юриста государственная воля, парящая надъ созданнымъ ею же самою правомъ, есть представленіе невыполнимое, метафизическая сущность, ничего не объясняющая, нѣчто въ родѣ *visdomitiva*. Государство, какъ бы широки ни были его полномочія, все же всѣмъ существомъ своимъ коренится въ положительномъ правомъ, оно не надъ нимъ, а подъ нимъ и предъ лицомъ права государство и подданный такъ же равны, какъ равны милліардеръ и послѣдній нищій, несмотря на все различіе ихъ положеній. Государству поэтому вовсе нѣтъ необходимости въ самообязываніи для того, чтобы оказаться связаннымъ положительнымъ правомъ, ибо такая связанность столь же присущи его волѣ, сколь и волѣ всякаго другого лица.

Таковъ въ самыхъ общихъ чертахъ ходъ мыслей представителей новаго направленія въ наукѣ государственнаго права, таково построеніе, свободное, повидимому, и отъ недопустимыхъ логическихъ ошибокъ и отъ естественно-правовыхъ «переживаній», способное совершенно по новому освѣтить такіа чреватая трудностями проблемы, какъ, скажемъ, проблема международнаго права.

И однако же есть въ этомъ построеніи дефектъ, который грозитъ аннулировать всю его цѣнность и побудить юриста съ грустью вспомнить объ его антитезѣ.

Допустимъ, что задачу юриста можно формулировать, какъ познаніе нѣкоторой совокупности нормъ поведения. Передъ каждымъ сознательно относящимся къ своей задачѣ юристомъ долженъ неизбежно встать вопросъ: что позволяетъ намъ выдѣлить подлежащія изученію нормы изъ общаго процесса быванія, въ данномъ случаѣ быванія социальнаго и заставить ихъ жить своей самостоятельной жизнью? Изучаетъ ли юристъ свой сводъ такъ же, какъ онъ сталъ бы скажемъ изучать сводъ истинныхъ законовъ природы, установленныхъ естествознаніемъ? Нѣтъ, ибо нормы, изучаемыя юристомъ, вовсе и не претендуютъ на постоянное и неизмѣнное осуществленіе въ мірѣ бытія, и несоответствіе фактическаго состоянія съ нормой отнюдь еще не колеблетъ въ качествѣ *instantia negotia* ея значенія. Но, быть можетъ, юристъ изучаетъ свой сводъ такъ же, какъ онъ сталъ бы изучать сводъ совершенныхъ этическихъ правилъ, если бы такой сводъ былъ когда-либо осуществленъ? То же нѣтъ, ибо явная неэтичность правовой нормы отнюдь еще не устраняетъ ея изъ области вѣдѣнія юриста. Но гдѣ же тогда основаніе смотрѣть на юриспруденцію, какъ на самостоятельную науку? Какой смыслъ познавать по содержанію, анализировать и систематизировать нормы, которыя одинаково являются пасынками

для міра сущаго и для міра должнаго? И не болѣе бы соотвѣтствовало духу истинной научности не выдѣлять эти нормы изъ общей связи явленій, т.-е. познавать ихъ не по ихъ содержанію, а по причинамъ ихъ возникновенія и исчезновенія, какъ мы познаемъ всѣ чисто субъективныя движенія человѣческой души?

Надо отдать справедливость приверженцамъ государственнаго суверенитета: они дали свой посильный отвѣтъ на всѣ эти вопросы. Пусть отвѣтъ этотъ насъ не удовлетворитъ, пусть онъ покажется намъ не критическимъ, онъ все же несомнѣнно свидѣтельствуетъ о сознательномъ отношеніи къ проблемѣ. Болѣе того, все построеніе школы можетъ быть истолковано какъ попытка разрѣшить эту проблему. Въ самомъ дѣлѣ, если право есть совокупность регулирующихъ человѣческое поведеніе нормъ, нетождественныхъ необходимо съ нормами этическими, то характеръ нормативности можетъ удержать за ними только велѣніе властной воли, которая сама, являясь въ такомъ случаѣ формальнымъ источникомъ всякаго права, никакихъ нормъ уже надъ собой не знаетъ. Идея мощи, какъ слѣдующаго признака властвующей воли, устраняетъ голую субъективность велѣній, обеспечивая ихъ проведеніе въ жизнь. Такъ не только опредѣляется кругъ вѣдѣнія юриста, но ему даются и извѣстныя гарантіи въ томъ, что познаваемое имъ не есть только субъективная химера. Государство, одновременно и воля и мощь, соединяетъ, подобно Платоновскому Эросу, міръ идеальный и міръ явленій, сообщаетъ праву, по выраженію Гегеля, которому формально-юридическая школа вообще многимъ обязана, вмѣсто «возможной реальности» «реальность необходимую».

Если мы теперь поинтересуемся положеніемъ той же проблемы у сторонниковъ суверенитета права, то придется признать, что насколько они сильны въ критикѣ, настолько же безсильны въ созиданіи и что, повидимому, они и не сознаютъ всего значенія стоящей передъ ними задачи.

Правопорядокъ, лишенный опоры, имѣвшей у него раньше въ идеѣ стоящаго надъ нимъ государства, отнынѣ предоставленъ самому себѣ, такъ вѣдь всѣ доводы, приводившіеся противъ суверенитета государства, дѣйствительны въ той же, если не въ большей, мѣрѣ, противъ всякаго такъ называемаго «внѣшняго авторитета». И Краббе безстрашно дѣлаетъ выводъ: «нормы права обладаютъ связующей силой не вслѣдствіе чьего-либо велѣнія, а вслѣдствіе «внутренней своей обязательности». Въ чемъ же заключается эта «внутренняя обязательность»? Въ соотвѣтствіи нормы, говоритъ Краббе, правобудженію народа. Сдѣлавъ такое открытіе, о которомъ, правда, лѣтъ за сто до насъ, довольно подробно говорила истори-

ческая школа, Краббе успокаивается. Что это за народное правоубѣжденіе, на которомъ теперь долженъ базировать правопорядокъ, какъ оно познается, чѣмъ отличается отъ другихъ убѣждений того же народа, должно ли оно быть поголовнымъ или достаточно его наличности у большинства — относительно всего этого Краббе, вращающійся въ кругу идей начала прошлаго вѣка, оставляетъ насъ въ полномъ невѣдѣніи.

Но намъ кажется несомнѣннымъ, что если только это правоубѣжденіе народа не толковать втихомолку какъ общественный договоръ или какъ естественное право большинства, то никакой базой для правопорядка оно послужить не сможетъ. Допустимъ, что въ данный моментъ правоубѣжденіе народа есть поголовное правоубѣжденіе его членовъ. Но если этому согласному правоубѣжденію мы не придадимъ значенія договора, всѣхъ обязывающаго, то стоитъ только кому-нибудь избавиться отъ правоубѣжденія, чтобы избавиться и отъ обязательности для него правопорядка, если только мы не признаемъ связующей силы за правоубѣжденіемъ «большинства», что будетъ, конечно, уже новымъ видомъ «внѣшняго авторитета», да притомъ еще явно естественно-правовымъ. И какъ теорія естественнаго права, начавъ «народомъ», кончила индивидомъ, точно такъ же и теорія суверенитета права должна неизбежно перейти отъ народной массовой психики къ психикѣ индивидуальной.

Этотъ шагъ и сдѣланъ, какъ извѣстно, проф. Петраржицкимъ. Теорію проф. Петраржицкаго, тоже сторонника суверенитета права, выгодно отличаетъ отъ другихъ теорій того же типа наличность опредѣленія права: право это императивно-атрибутивные переживанія, въ противоположность чисто атрибутивнымъ, характернымъ для нравственности. Теперь мы уже не спутаемъ правоубѣжденія съ убѣжденіями нравственными, религіозными, научными. Но какой же цѣной купленъ этотъ критерій! Оказывается, право свое истинное бытіе имѣетъ только въ переживаніяхъ индивидуальной души. Всѣ остальные правовыя явленія, въ томъ числѣ и государство, объявлены не болѣе не менѣе какъ эмоціональными фантазмами. Я позволю себѣ сдѣлать, на свой страхъ, конечно, нѣкоторые выводы, иллюстрирующіе цѣнность этой теоріи для проблемы юридическаго познанія. Если юристъ задался цѣлью выяснить структуру какого-нибудь института, ну, скажемъ, права участія частнаго по русскому праву, то истинно научнымъ методомъ къ разрѣшенію этой задачи было бы не легкомысленное комбинированіе различныхъ правоположеній, а изслѣдованіе императивно-атрибутивныхъ переживаній всѣхъ участниковъ даннаго право-

общенія, ибо истинное свое бытіе право имѣть лишь въ индивидуальныхъ душахъ. Я не сомнѣваюсь въ томъ, что такого рода изслѣдованіе можетъ дать очень интересные результаты. Такъ, можетъ выясниться, что въ Россіи сотни тысячъ людей живутъ за счетъ такихъ переживаній индивидуальной души, которыя одинаково подходятъ и одинаково не подходятъ подъ ту и подъ другую изъ основныхъ группъ проф. Петраржицкаго. Стоитъ только вспомнить о ресторанной прислугѣ, живущей «чаевыми», одинаково похожими и одинаково непохожими и на милостыню и на уплату долга. Но какъ бы интересны ни были все эти наблюденія, они все же ни на одинъ шагъ не подвинутъ юриста къ разрѣшенію волнующаго его вопроса о правѣ участія частнаго.

Но если бы ему даже удалось на основаніи показаній всѣхъ обитателей Россійской имперіи (проф. Петраржицкій не хочетъ дѣлать исключенія даже для умалишенныхъ и малолѣтнихъ) составить нѣкоторое суммарное представленіе объ интересующемъ его институтѣ, то все же это будетъ Сизифовъ трудъ ибо тотчасъ же по окончаніи многотруднаго дѣла придется приниматься за него вновь въ виду возможныхъ измѣненій въ составѣ индивидуальныхъ переживаній.

Но если психологическія теоріи во всѣхъ ихъ оттѣнкахъ не въ силахъ установить «внутренней обязательности» правовыхъ нормъ, а слѣдовательно и доказать суверенитетъ права, то не можетъ ли это сдѣлать возрожденное естественное право? Это, по нашему убѣжденію, былъ бы уже не только безплодный, но и пагубный путь. Пагубный потому, что извратить научную психологію, даже реформируя ее *ad hoc*, какъ это сдѣлалъ проф. Петраржицкій, юристу, конечно, не удастся, но вернуть естественное право къ тому безславному для него времени, когда изъ началъ разума выводились, по извѣстной характеристикѣ, и французская революція, и прусскій абсолютизмъ, онъ, пожалуй, сможетъ. Безплоденъ же этотъ путь потому, что доктрина естественнаго права должна, конечно, доказать «внутреннюю обязательность» нормъ, но только своихъ нормъ, а не нормъ положительнаго права. Какъ часть этической философіи, она можетъ осудить или признать данный положительный правовой порядокъ, дать норму оцѣнки, создать идеаль, но все эти функціи уже предполагаютъ то, что намъ еще нужно доказать — возможность правового порядка какъ особаго предмета познанія или, что то же, возможность юриспруденціи какъ самостоятельной науки. Такъ, если мы возьмемъ наиболѣе продуктивную естественно-правовую идею, идею общественнаго договора, то мы, быть можетъ, сумѣемъ доказать, что всякій правовой строй, удовлетворяющій нашему этическому со-

знанію долженъ воплощать идеаль, выраженный поэтомъ въ словахъ: *iidem parentque iubetque*, но мы никогда не сможемъ доказать, что во всѣхъ возможныхъ правопорядкахъ эта идея уже воплощена и что безъ нея они не мыслимы.

Мы можемъ теперь подвести итогъ нашимъ замѣчаніямъ. Если мы исходимъ изъ представленія, что предметъ познанія юриста есть положительный правопорядокъ, какъ совокупность нормъ, и что норма есть правило должнаго поведения, то для обоснованія обязательности этихъ нормъ, а тѣмъ самымъ и способности правопорядка стать предметомъ самостоятельной науки намъ открыты только два пути: или утверждать, что правопорядокъ получаетъ свою обязательность въ силу велѣнія государственной власти или же попытаться доказать «внутреннюю обязательность» нормъ составляющихъ правопорядокъ. Первый путь приведетъ насъ къ идеѣ суверенитета государства, развитой формально-юридической школой, второй — къ идеѣ суверенитета права. Теорія государственнаго суверенитета дастъ, повидимому, твердую базу для юридическаго познанія, но юристъ вынужденъ хотя и съ грустью отказаться отъ нее, ибо она поражена логическимъ недугомъ: она вращается въ порочномъ кругу. Сторонники же теоріи суверенитета права, свободной отъ этого недуга, въ своихъ попыткахъ доказать «внутреннюю обязательность» нормъ, составляющихъ правопорядокъ, вынуждены выводить эту обязательность или изъ соотвѣтствія правопорядка массовой или индивидуальной психики (Краббе, Петраржицкій) или же изъ началъ этики (естественное право), иначе говоря, выпущены упразднить юриспруденцію, какъ самостоятельную науку. Итакъ, или завѣдомый «порочный кругъ» или самоупраздненіе — вотъ, повидимому, та незавидная дилемма, передъ которой стоитъ современная наука права (я имѣю въ виду, конечно, догматику).

Дѣйствительно ли однако юриспруденціи предстоить такъ безславно закончить свои дни? Мнѣ кажется, что такой выводъ былъ бы болѣе чѣмъ преждевремененъ, ибо не испытанъ еще одинъ путь, путь критики юридическаго познанія, на который, хотя и съ опозданіемъ, должна вступить философія права и вступить на который мѣшаетъ ей лишь одно предубѣжденіе. Среди столь характерной для науки права нашихъ дней сумятицы индивидуальныхъ мнѣній, сумятицы, грозящей повергнуть вольную республику ученыхъ въ состояніе анархіи, есть, пожалуй, только одно мнѣніе, пользующееся почти безраздѣльнымъ признаніемъ: это убѣжденіе въ томъ, что основная категория юридическаго мышленія есть долженствованіе, ибо изучаемыя юристомъ нормы опредѣляются какъ правила должнаго.

И если я думаю посягнуть на эту догму, послѣднее общее достояніе, то только въ томъ убѣжденіи, что она и есть *mater rixarum*, мать всѣхъ раздоровъ, та личинка, которую оставила въ юриспруденціи доктрина естественнаго права и которая всегда грозитъ развиться и задушить самостоятельность нашей науки. Если мы заставимъ юриспруденцію изучать должное въ сферѣ человѣческихъ отношеній, то уже никогда не сможемъ отстоять ея самостоятельность отъ этики, никогда не сможемъ разграничить области ихъ вѣдѣній. И объ этомъ свидѣлствуетъ не только крушеніе всѣхъ попытокъ, сдѣланныхъ въ этомъ направленіи, начиная съ Томмазія съ его *forum internum* и *forum externum*, черезъ Канта съ его различіемъ моральности и легальности, до Петраржинскаго съ его императивными и императивно-атрибутивными переживаніями. Міръ должнаго есть исконная область этики, уже закрѣпленная за ней критической познаніемъ, и потому такія попытки не только никогда не удавались, но и никогда не удадутся.

Но это разграниченіе можетъ быть найдено, и наше *actio finium regundorum* можетъ получить разрѣшеніе, если мы, не предрѣшая вопроса объ основной категоріи юридическаго мышленія, обратимся къ разсмотрѣнію своеобразной структуры юридическаго сужденія въ сопоставленіи съ сужденіемъ нравственнымъ.

Чтобы высказаться въ сужденіи «люди — братья», нравственному сознанію не нужно ни наблюдать происходящее, ни ссылаться на какое-нибудь установленіе. Наоборотъ, именно къ его существу принадлежитъ свободное продуцированіе сказуемаго: стоитъ только ему воспріять понятіе «люди», чтобы силой своего и только своего творчества породить сказуемое: «братья». Только это свободное творчество открываетъ передъ нами новый міръ, міръ должнаго. Пусть люди на самомъ дѣлѣ живутъ, какъ звѣри, но они должны жить, какъ братья. И поскольку мы мыслимъ эту фразу: «люди — братья,» какъ общеобязательное сужденіе, постольку этотъ міръ должнаго не есть только предметъ нашихъ смутныхъ надеждъ и пожеланій, но и міръ возможнаго познанія.

Юридическое мышленіе этой творческой способностью не обладаетъ. Пусть даже когда-нибудь юристъ отъ лица своей науки сможетъ тоже сказать: «люди-братья» и, все же, несмотря на тождество терминовъ, его сужденіе будетъ бесконечно отличаться отъ нравственнаго, ибо юристъ для того, чтобы составить свое сужденіе, долженъ необходимо опереться, сослаться на пѣчто, въ чемъ эти понятія уже связаны, а не можетъ эту связь продуцировать. Какъ же мыслить юристъ эту данную ему связь понятій? Здѣсь нашу мысль неудержимо тянетъ къ старому шаблону: «велѣніе

внѣшняго авторитета». Но вѣдь и причинность мыслилась когда-то предметно, и только критика естественно-научнаго познанія превратила ее въ идею необходимой связи. Такую же попытку должна сдѣлать и философія права, понимаемая какъ критика юридическаго сужденія, критика, имѣющая выяснить истинно-формальные, т.-е. апіорные, элементы въ наукѣ права и установить возможность на ряду съ міромъ бытія и міромъ долженствованія мыслить и особый, самобытный міръ права. Если бы такая попытка удалась, то праву не пришлось бы вести двойную жизнь, по выраженію Еллинека, «отчасти въ мірѣ идеальномъ и отчасти въ мірѣ реальномъ», а суверенитетъ государства и суверенитетъ права нашли бы свое примиреніе и завершеніе въ суверенитетѣ правого познанія.

С. Rogovinъ.

Статья 65 Основныхъ Законовъ.

(Догматическій очеркъ.)

Едва ли можно сомнѣваться, что вопросъ о преобразованіяхъ какъ въ области внутрицерковной, такъ и въ сферѣ взаимоотношеній церкви и государства принадлежитъ къ числу жизненныхъ и насущныхъ вопросовъ. Необходимость измѣненія *status quo* признана и официально, высшею правительственною властью. Еще въ собственноручномъ рескриптѣ на имя митрополита С.-Петербургскаго Антонія отъ 27 декабря 1905 г. Государь Императоръ изъяснилъ свою волю, «чтобы произведены были нѣкоторыя преобразованія въ строѣ нашей отечественной церкви, на твердыхъ началахъ вселенскихъ каноновъ, для вѣщаго утвержденія православія»¹⁾; эта задача должна была быть выполнена предстоящимъ помѣстнымъ соборомъ. Для предварительнаго обсужденія соответствующихъ вопросовъ 6 марта 1906 г. было создано Высочайше учрежденное Предсоборное Присутствіе, оставившее намъ цѣнное наслѣдство въ видѣ 4 томовъ своихъ «Журналовъ и протоколовъ». Не нужно упоминать, что не меньшее вниманіе удѣлялось и удѣляется вопросу о церковныхъ преобразованіяхъ какъ нашими законодательными учрежденіями, такъ и обществомъ. Какъ разъ въ этой области мы видимъ даже относительно большее единодушіе, большее сглаживаніе партійныхъ различій и окрасокъ, чѣмъ въ другихъ вопросахъ. Довольно велика и соответствующая литература. Но здѣсь приходится сдѣлать одну оговорку: подавляющее большинство посвященныхъ этимъ проблемамъ работъ носятъ по преимуществу характеръ политическій и ставятъ вопросъ *de lege ferenda*. Правомѣрность и цѣлесообразность такой постановки не приходится отрицать — при условіи надлежащаго выясненія порядка уже существующаго.

¹⁾ Журналы и протоколы засѣданій Высочайше учрежденнаго Предсоборнаго присутствія, т. I, стр. VI.

Между тѣмъ это условіе не соблюдено въ надлежащей степени, и, въ частности, область взаимоотношеній церкви и государства съ переходомъ Россіи къ конституціонному порядку осталась почти незатронутой въ спеціальной литературѣ. Сдѣлать посильный взносъ въ этомъ вопросѣ и является задачей настоящей работы. Я сосредоточу свое вниманіе на юридическомъ анализѣ порядка нашего церковнаго законодательства и характера нашего церковнаго управленія.

Прежде всего приходится обратиться къ конституціоннымъ текстамъ. Непосредственно о церковномъ управленіи говоритъ ст. 65 Основныхъ Законовъ: «Въ управленіи Церковномъ Самодержавная Власть дѣйствуетъ посредствомъ Святѣйшаго Правительствующаго Синода, Ею учрежденнаго»¹⁾. Косвеннымъ образомъ относится къ вопросу и ст. 64: «Императоръ, яко Христіанскій Государь, есть верховный защитникъ и хранитель догматовъ господствующей вѣры и блюститель правовѣрія и всякаго въ Церкви святой благочинія» — и примѣчаніе къ этой статьѣ: «Въ семъ смыслѣ Императоръ, въ актѣ о наслѣдїи Престола 1797 г. Апр. 5 (17910) именуетъ Главою Церкви»²⁾. Задачей юриста и является истолковать прежде всего эти тексты, а затѣмъ посмотреть, въ какомъ направленіи движется наша конституціонная практика. Но здѣсь сразу сталкиваешься съ существенными трудностями. Во-первыхъ, само истолкованіе текстовъ, въ достаточной мѣрѣ витіеватыхъ и довольно неюридическихъ (особенно текстъ ст. 64), невольно заставляетъ насъ для достиженія намѣченной цѣли обратиться къ исторіи ихъ возникновенія, прослѣдить ихъ генезисъ. И если генезисъ ст. 65 начинается съ петровскаго Манифеста 25 января 1721 г. и Духовнаго Регламента, то ст. 64 уведетъ насъ въ глубь вѣковъ, въ Византію съ ея церковно-государственными отношеніями. Въ этомъ, конечно, лежитъ серьезная опасность, и, думается, подобная постановка вопроса, встрѣчающаяся въ литературѣ, въ достаточной мѣрѣ бесплодна для догмы права. Слѣдуетъ принять за правило ограничить историческіе экскурсы чисто догматическими заданіями и оперировать по возможности только съ нашимъ до- и пореформеннымъ правомъ. Но здѣсь какъ разъ лежитъ вторая трудность. Конституціонный текстъ самъ по себѣ можетъ претвориться въ совсѣмъ неадекватную его несомнѣнному содержанію конституціонную практику³⁾. Юристъ обязанъ имѣть дѣло съ правомъ.

¹⁾ Сводъ Законовъ Россійской имперіи, т. I, ч. I, изд. 1906 г.

²⁾ Ibid.

³⁾ Яркіе примѣры и признаніе, весьма цѣнное въ устахъ догматика pur-sang, даны Laband'омъ въ статьѣ: «Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung». Jahrbuch für öffentliches Recht. B. I.

но правомъ не писанымъ, а дѣйствующимъ. Между тѣмъ наша конституціонная практика зачастую еще не отлилась въ ясныя, непререкаемыя формы, и отъ изучающаго ее юриста требуется въ извѣстной мѣрѣ интуиція, чтобы дать корректную формулу становящейся правовой дѣйствительности. И еще одно: разбираясь въ вопросахъ, то или иное рѣшеніе которыхъ политически, можетъ быть, чрезвычайно значительно, онъ, тѣмъ не менѣе, долженъ до конца оставаться объективнымъ и всячески сохранять цѣломудріе научной мысли.

Перейду къ существу дѣла. Какъ извѣстно, съ переходомъ Россіи къ конституціонному строю, верховное управленіе вообще введено въ извѣстныя рамки: по ст. 11 Основныхъ Законовъ, оно подзаконно; ст. 94 Основныхъ Законовъ принципиально исключаетъ возможность диспенсаций отъ закона въ порядкѣ верховнаго управленія¹⁾; ст. 24 требуетъ министерской контрасигнатуры для актовъ верховнаго управленія. Спрашивается: распространяются ли всѣ эти нормы и на акты церковнаго управленія²⁾? За этимъ вопросомъ встаетъ другой, еще болѣе существенный: каковъ юридическій порядокъ церковнаго законодательства? Должно ли оно итти путемъ, предуказаннымъ ст. 7 Основныхъ Законовъ, по которой «Государь Императоръ осуществляетъ законодательную власть въ единеніи съ Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой»³⁾, или же церковныя законы устанавливаются въ какомъ-то иномъ порядкѣ? Отвѣтъ на этотъ второй вопросъ въ значительной мѣрѣ обуславливаетъ собой и рѣшеніе перваго. Поэтому и слѣдуетъ начать съ анализа порядка церковнаго законодательства. Но здѣсь приходится сдѣлать нѣсколько оговорокъ. Во-первыхъ, рѣчь идетъ только о внутрицерковныхъ законодательныхъ актахъ. Что государственное о церкви законодательство идетъ черезъ Государственную Думу и Государственный Совѣтъ, представляется несомнѣннымъ и единогласно, насколько мнѣ извѣстно, признается въ соотвѣтствующей литературѣ⁴⁾. Оговариваться приходится лишь

¹⁾ Оставляю здѣсь въ сторонѣ сложный и спорный вопросъ о возможности диспенсаций въ порядкѣ ст. 23 Основныхъ Законовъ; по этому поводу см. бар. Нольде, *Очерки русскаго государственнаго права*, изд. 1911 г., стр. 187 пр. 131, и *Palme, Die russische Verfassung*, S. 118.

²⁾ Сравните Темниковскій, *Положеніе Императора Всероссійскаго въ русской православной церкви въ связи съ общимъ ученіемъ о церковной власти*. «Юридическія Записки, издаваемыя Демидовскимъ лицеемъ». 1909 г., выпускъ II, стр. 276.

³⁾ *Сводъ Законовъ Россійской имперіи*, т. I, ч. I, изд. 1906 г.

⁴⁾ См. Суворовъ, *Учебникъ церковнаго права*, изд. 1912 г., стр. 186. Горчаковъ, *Церковное право*, изд. 1909 г., стр. 206 и 338. Этому теоретически безспорному положенію, какъ увидимъ далѣе, вполне соотвѣтствуетъ и наша конституціонная практика.

потому, что иногда эти различные вопросы по недоразумѣнію смѣшиваются, и соотвѣтствующие выводы лишаются всякой опредѣленности¹⁾. Во-вторыхъ, рѣчь идетъ о порядкѣ законодательства, юридически обязательномъ, а не только политически корректномъ или цѣлесообразномъ, если, напримѣръ, принять во вниманіе господствующее положеніе православной церкви²⁾.

На первый взглядъ кажется, что и съ такими оговорками поставленный выше вопросъ является совершенно безспорнымъ. Наши новые Основные Законы устанавливаютъ одинъ общій порядокъ законодательства, осуществляющійся въ единствѣ Государя Императора съ Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой; равнымъ образомъ они вводятъ все верховное управленіе въ однѣ и тѣ же рамки. Слѣдовательно, eo ipso вопросъ рѣшается и для церковнаго законодательства и управленія: церковное законодательство идетъ въ порядкѣ ст. 7 Основныхъ Законовъ, церковное управленіе подчиняется нормамъ ст. 11, 24 и 94 этихъ Законовъ. Поэтому тотъ смыслъ, который законодатель раньше вложилъ, можетъ быть, въ термины 64 и 65 ст. Основныхъ Законовъ, и вообще весь генезисъ этихъ статей оказываются для насъ теперь совершенно безразличными. Эта точка зрѣнія пользуется наибольшимъ признаніемъ въ научной литературѣ³⁾. Наиболѣе полно развила соотвѣтствующую аргументацію Темниковскій въ вышеназванной статьѣ. Чтобы вскрыть ея научную пріемлемость, воспроизведемъ подробно доводы автора. Новые Основные Законы, говоритъ Темниковскій, ввели два принципа, которые слѣдуетъ имѣть въ виду при толкованіи ст. 65: «1) ограниченіе неограниченнаго прежде монарха участіемъ народнаго представительства въ осуществленіи верховной власти и 2) точное разграниченіе въ законѣ актовъ законо-

¹⁾ Такъ, Бердниковъ, Наши новые законы и законопроекты о свободѣ совѣсти, 1914 г., ст. 24, не различая государственнаго о церкви законодательства отъ законодательства внутрицерковнаго, указываетъ: «Въ ст. 65 также говорится, что въ управленіи Церковномъ (значить и въ законодательствѣ по дѣламъ, касающимся Церкви и ея интересовъ) Самодержавная Власть дѣйствуетъ посредствомъ Святѣйшаго Синода, ея учрежденнаго, а не безъ его участія». Равнымъ образомъ не проводитъ никакого разграниченія и Горчаковъ, перечисляя виды дореформенныхъ законодательныхъ актовъ по дѣламъ Церкви, — *op. cit.*, стр. 65 — хотя далѣе принципиально признаетъ это разграниченіе — *см. стр. 206.*

²⁾ Ничего юридическаго нѣтъ въ замѣчаніи Бердникова, что вообще законы, касающіеся вѣроисповѣдной области, должны составляться по предварительномъ испрошеніи мнѣнія Православной Церкви — *op. cit.*, стр. 23, 24. Въ такой формѣ это лишь политическое требованіе.

³⁾ *См.* Лазаревскій, Русское государственное право. 1913 г., т. I, стр. 372—374. Темниковскій, *op. cit.*, стр. 276. *Contra* Суворовъ, *op. cit.*, стр. 253—254, и, очевидно, также Троицкій, Церкви и государство въ Россіи, 1909 г., стр. 60. Съ полной достовѣрностью взглядъ автора не поддается выясненію.

дательныхъ отъ актовъ верховнаго управленія»¹⁾. Поэтому, «по буквальному и точному смыслу нашихъ Основныхъ Законовъ осуществленіе законодательной власти въ церковной области по всѣмъ предметамъ законодательства, казалось бы, должно принадлежать Императору въ единеніи съ Государственнымъ Совѣтомъ и Государственной Думой, ибо никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственного Совѣта и Государственной Думы и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора (ст. 86)»²⁾. Такимъ образомъ, «въ статьѣ 65 подъ словами: управленіе церковное слѣдуетъ понимать осуществленіе административной власти, въ противоположность власти законодательной; но такъ какъ въ русской православной церкви не существуетъ разграниченія власти административной и судебной, то подъ понятіе: «управленіе церковное» должна быть подводима и эта послѣдняя»³⁾. Изъ вышесказаннаго само собой слѣдуетъ, что и церковное управленіе укладывается въ тѣ рамки, въ какія поставлено вообще верховное управленіе по новымъ Основнымъ Законамъ (ст. 11, 24 и 94), съ тѣмъ единственнымъ отличіемъ, что «акты верховнаго управленія, относящіеся къ церковному управленію, должны обращаться къ Св. Синоду; за силой ст. 65 они изъеются изъ-подъ дѣйствія ст. 24 относительно обнародованія указовъ и повелѣній Государя Правительствующимъ Сенатомъ»⁴⁾.

Однако, вся эта аргументація, столь непререкаемая на первый взглядъ, оказывается непріемлемой при ближайшемъ разсмотрѣніи; ея внутренняя противорѣчивость легко обнаруживается изъ слѣдующихъ, на первый взглядъ, косвенно связанныхъ съ вопросомъ, соображеній.

Прежде всего, фактически невѣрно, что въ православной церкви не существуетъ разграниченія административной и судебной власти: право православной церкви, то право, которое регулируетъ ея жизнедѣятельность, знаетъ такое разграниченіе. Такъ, раздѣлъ II Устава Духовныхъ Консисторій озаглавленъ: «Епархіальное управленіе», а раздѣлъ III — «Епархіальный судъ». И если здѣсь съ большою натяжкой еще можно возразить, что дѣло идетъ о двухъ формально различныхъ порядкахъ дѣятельности епархіальной власти, то ст. I Устава Духовныхъ Консисторій не оставляетъ уже никакихъ сомнѣній, что управленіе и судъ различаются матеріально; эта статья гласитъ: «Духовная Консисторія есть Присут-

¹⁾ *Op. cit.*, стр. 274.

²⁾ *Op. cit.*, стр. 276.

³⁾ *Op. cit.*, стр. 275.

⁴⁾ *Op. cit.*, стр. 276.

ственное мѣсто, черезъ которое, подѣ непосредственнымъ начальствомъ Епархіальнаго Архіерея, производится управленіе и духовный судъ въ помѣстномъ предѣлѣ Православной Россійской Церкви, именуемомъ епархіею». Одинаково ст. 6 того же Устава знаетъ управленіе и судъ, какъ матеріально различныя функціи церковно-правительственной дѣятельности. Если бы мы захотѣли пойти дальше и отъ дѣйствующаго права православной церкви обратиться къ церковному правосознанію, то и здѣсь мы найдемъ отчетливое обособленіе этихъ двухъ областей; такъ, I отдѣлъ Предсоборнаго Присутствія слѣдующимъ образомъ предварительно опредѣлитъ компетенцію предстоящаго Собора: «Помѣстному собору Русской церкви принадлежитъ власть законодательная, руководительная, ревизіонная и судебная»¹⁾; власть руководительная и ревизіонная и есть то, что въ совокупности даетъ административную власть. И во второмъ отдѣлѣ того же Присутствія рѣчь шла только о томъ, чтобы формально болѣе обособить въ предѣлахъ консисторіи судебныя и административныя функціи²⁾. Отсюда вытекаетъ выводъ существенной важности: если право (и правосознаніе) православной церкви знаетъ управленіе и судъ, какъ матеріально различныя функціи, и соотвѣстственнымъ образомъ пользуется этими терминами.³⁾, то съ точки зрѣнія этого права подѣ терминъ «управленіе церковное» въ ст. 65 нельзя подводить и судебную функцію, онъ можетъ покрывать собою только административную дѣятельность.

Но самое важное то, что съ точки зрѣнія Темниковскаго является вообще противорѣчивымъ привлекать къ истолкованію 65 статьи церковное право.

Поскольку наше пониманіе этой статьи обусловливается вообще всѣмъ контекстомъ Основныхъ Законовъ, постольку совершенно безразлично для насъ, какова въ этомъ вопросѣ точка зрѣнія церковнаго права; мы должны руководиться исключительно словоупотребленіемъ нашихъ Основныхъ Законовъ. Послѣдніе же не только обособляютъ власть законодательную отъ власти управленія, но и различаютъ отъ двухъ первыхъ власть судебную; судебная власть, согласно ст. 22 Основныхъ Законовъ, «осуществляется отъ имени Государя Императора установленными закономъ судами, рѣшенія коихъ приводятся въ исполненіе именемъ Императорскаго Величества.»⁴⁾ Такимъ образомъ, послѣдовательно развивая точку зрѣнія Темниковскаго, мы или должны считать общія судебныя мѣста ком-

¹⁾ Журналы и протоколы... т. I, стр. 292.

²⁾ Ibid., стр. 550.

³⁾ О другомъ, обширномъ значеніи термина «управленіе» будетъ сказано ниже.

⁴⁾ Сводъ Законовъ Россійской имперіи, т. I, ч. I, изд. 1906 г.

петентными и въ рѣшеніи церковно-судебныхъ дѣлъ, или же признать, что Святѣйшій Синодъ по нашему праву является однимъ изъ предусмотрѣнныхъ 22 статьѣй Основныхъ Законовъ судебныхъ мѣстъ. Первое предположеніе совершенно устраняется какъ примѣчаніемъ къ ст. 2 Учрежденія Судебныхъ Установленій, такъ и редакционными комментаріями къ этому примѣчанію¹⁾. Одинаково неправдоподобно и второе предположеніе, что Святѣйшій Синодъ есть одно изъ предусмотрѣнныхъ 22 статьѣй Основныхъ Законовъ судебныхъ мѣстъ. Эта статья имѣетъ въ виду исключительно судебные органы; ея конституціонный смыслъ въ обособленіи этихъ органовъ отъ органовъ управленія. Между тѣмъ Святѣйшій Синодъ по нашему праву есть прежде всего органъ церковно-правительственной власти; поэтому не представляется возможнымъ считать его въ числѣ предусмотрѣнныхъ этой статьѣй судебныхъ мѣстъ²⁾.

Это довольно долгое отступленіе привело насъ къ двумъ существеннымъ выводамъ. Прежде всего, терминъ «управленіе» въ 65 статьѣй Основныхъ Законовъ имѣетъ не тотъ смыслъ, какъ равнозначашій терминъ въ другихъ статьяхъ нашей конституціи. «Управленіе», хотя бы въ 10 и 11 статьяхъ Основныхъ Законовъ, обнимаетъ собой всю совокупность государственной дѣятельности въ ея правовомъ аспектѣ, за вычетомъ законодательной и судебной функцій (примѣнительно, конечно, въ служебной схемѣ троякаго рода функцій); тотъ же терминъ въ 65 статьѣй, во всякомъ случаѣ, обнимаетъ собой функцію управленія въ узкомъ смыслѣ + судебную функцію³⁾.

¹⁾ Это примѣчаніе гласитъ: «Судебная власть духовныхъ, военныхъ, коммерческихъ, крестьянскихъ и инородческихъ судовъ опредѣляется особыми о нихъ постановленіями». — Св. Зак. Рос. имп., т. XVI, ч. I, ст. 2, примѣч., изд. 1892 г. Въ соотвѣствующемъ мѣстѣ журнала читаемъ: «Можетъ возбудить недоумѣніе, не подлежатъ ли симъ же установленіямъ (судебнымъ) и тѣ гражданскія и уголовныя дѣла, кои нынѣ вѣдаются исключительно одними судами духовными; но какъ это недоумѣніе совершенно устраняется примѣчаніемъ къ ст. 2, слѣдовательно, не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что существующія узаконенія о власти духовныхъ судовъ остаются неприкосновенными». (За неимѣніемъ подъ руками журнала цитирую по докладу предсѣдателя коммисіи по дѣламъ Православной Церкви 3-ей Г. Думы В. Н. Львова — см. Обзоръ дѣятельности коммисіи и отдѣловъ 3-ей Гос. Думы, 1 сессія, стр. 98). Помимо того, о судебной власти Святѣйшаго Правительствующаго Синода прямо говоритъ цѣлый рядъ статей Устава Духовныхъ консисторій; см. хотя бы, ст. 215, 235 и многія другія.

²⁾ Думается, что подъ ст. 22 не подходятъ также и военныя и военно-морскіе суды, положеніе которыхъ, согласно 97 ст. Осн. Зак., теперь принципиально базируется не на законахъ, а на постановленіяхъ; во всякомъ случаѣ, всякое измѣненіе ихъ организаціи должно изъять эти суды изъ-подъ дѣйствія ст. 22.

³⁾ Если Котляревскій (Юридическія предпосылки русскихъ основныхъ законовъ, ст. 37) указываетъ, что «текстъ ясно говоритъ лишь объ «управленіи церковномъ», то изъ вышесказаннаго убѣдительно, думается, слѣдуетъ, что одинаковый терминъ имѣетъ въ данномъ случаѣ отличное содержаніе. Принципиально, конечно, это любопытный образчикъ невыдержанности терминологіи нашего конституціоннаго права, столь затрудняющей дѣло его научнаго изученія.

Во-вторыхъ, изъ вышесказаннаго неопровержимо слѣдуетъ, что при истолкованіи 65 статьи нельзя исходить только изъ общаго контекста и обычной терминологіи нашихъ Основныхъ Законовъ; приходится обращаться къ другимъ источникамъ и другими путями искать истолкованія интересующей насъ нормы. И здѣсь мы подходимъ къ центральному пункту проблемы: нельзя ли понимать «управленіе церковное» въ 65 статьѣ, какъ совокупность церковно-правительственной дѣятельности во всѣхъ составляющихъ ее функціяхъ, другими словами, признать, что этимъ терминомъ обшмается и внутрицерковное законодательство?

Этотъ взглядъ съ наибольшей настойчивостью былъ выдвинутъ въ литературѣ проф. Суворовымъ. Выводы Суворова дѣлаются примѣнительно къ правомочіямъ самого монарха, вторичнымъ органомъ котораго является Святѣйшій Синодъ¹⁾. По мнѣнію автора, власть Россійскаго Императора въ православной церкви простирается на то, что въ католическомъ церковномъ правѣ называется *potestas jurisdictionis*²⁾, другими словами, на всю совокупность церковно-правительственной дѣятельности въ ея законодательной, административной и судебной функціяхъ³⁾. Прежде чѣмъ перейти къ оцѣнкѣ этого взгляда по существу, слѣдуетъ остановиться на принципиальныхъ соображеніяхъ, выдвинутыхъ противъ такого уподобленія. Такъ, Темниковскій считаетъ этотъ выводъ ошибочнымъ заключеніемъ по аналогіи: во-первыхъ, *potestas jurisdictionis* существенно отличается отъ «управленія» тѣмъ, что для первой одинаково важны какъ *forum externum* субъекта, такъ и *forum internum*; для государственной же власти область внутренней мотиваціи безразлична. Во-вторыхъ, дѣлая Всероссійскаго Императора органомъ *potestatis jurisdictionis*, мы неизбежно приходимъ къ тому выводу, что «императоръ обладаетъ въ церкви высшей правительственной властью, но осуществлять ее онъ долженъ для цѣлей, которая ставитъ и реализуетъ другая власть, отъ его власти непронзводная»⁴⁾. Едва ли можно признать эти доводы убѣдительными. Последній аргументъ самъ по себѣ не имѣетъ никакой научной убѣдительности и лежитъ въ области соображеній политическаго порядка. Но совершенно непріемлемо и то, что авторъ говоритъ по поводу *potestatis jurisdictionis*. *Potestas jurisdictionis*, говоря общимъ образомъ,

¹⁾ Авторъ не говоритъ непосредственно объ истолкованіи 65 статьи, но логическое развитіе его точки зрѣнія приводитъ къ соотвѣствующимъ выводамъ.

²⁾ Суворовъ, *op. cit.*, стр. 216.

³⁾ См. хотя бы Friedberg, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*. 1889, S. 122.

⁴⁾ *Op. cit.*, стр. 287.

есть власть регулировать и поддерживать церковный правопорядокъ. Учитывать *forum internum* наравнѣ съ *forum externum* она можетъ лишь при томъ условіи, если самъ церковный правопорядокъ по конится на учетѣ внутренней мотивациі, другими словами, если само церковное право, въ отличіе отъ другихъ его отраслей, считается равнымъ образомъ какъ съ внѣшнимъ поведеніемъ, такъ и съ внутренними побужденіями субъекта. Но тогда церковное право явится чѣмъ-то по роду отличнымъ отъ другихъ отраслей права, и всякіе частныя сравненія нормъ того и другого рода станутъ принципиально невозможными. Вообще же слѣдуетъ сказать, что церковное право лишь въ томъ смыслѣ учитываетъ и *forum internum*, поскольку соответствующей внутренней мотивацией обуславливается сама принадлежность къ церкви, формально, съ точки зрѣнія государственнаго правопорядка, добровольная. Въ остальномъ же церковное право такъ же имѣетъ дѣло съ областью внѣшняго поведенія, какъ и всякое другое право.

Такія возраженія можно сдѣлать Темниковскому по существу. Но и принципиально аргументація Темниковаго вообще покинется на той основной посылкѣ, что терминъ «управленіе» въ 65 статьѣ имѣетъ значеніе именно государственнаго управленія и лишь приравнивается къ *potestas jurisdictionis*. Поскольку удалось бы доказать, что «управленіе» берется здѣсь въ плоскости церковнаго, а не государственнаго права, *eo ipso* вся аргументація отпала бы. Къ этому вопросу вернемся ниже.

Какъ бы теперь положительные доводы, которые могутъ обосновать собой тотъ выводъ, что терминъ «церковное управленіе» въ 65 статьѣ обнимаетъ собой всю совокупность церковно-правительственной дѣятельности? Пока можно оставить въ сторонѣ ст. 64, опредѣляющую положеніе Россійскаго Императора въ православной церкви, и имѣть дѣло только со статьею 65.

Слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что какъ въ русской, такъ и иностранной литературѣ слово «церковное управленіе» имѣетъ два значенія: широкое, обнимающее собою всю совокупность церковно-правительственной дѣятельности, и узкое, соответствующее административной власти. Такъ, Friedberg подраздѣляетъ *das kirchliche Verwaltungsrecht* на *rechts/zeugende Gewalt, kirchliche Gerichtsbarkeit und die Verwaltung im eigentlichen Sinn.*¹⁾ Далѣе, въ нашемъ русскомъ обычномъ словоупотребленіи, до извѣстной степени показательномъ и для соответствующаго правосознанія, слово «церковное управленіе» имѣетъ весьма часто такой широкій смыслъ. Такое

¹⁾ *Op. cit.*, SS. 230, 231, 238 и 277.

значеніе имѣлъ этотъ терминъ на языкѣ членовъ I отдѣла Предсоборнаго Присутствія, соотвѣтствуя въ динамическомъ аспектѣ церковному строю¹⁾. Но если словоупотребленіе членовъ Предсоборнаго Присутствія въ ихъ рѣчахъ можно еще отвергнуть, какъ обыкновенское, то едва ли это допустимо по отношенію къ выработанному ими проекту преобразованнаго церковнаго строя. Принятая I отдѣломъ формула гласитъ: «Высшее управленіе русской Церкви принадлежитъ собору ея епископовъ подъ предсѣдательствомъ патріарха»²⁾. Вторая же формула точнѣе опредѣляетъ принадлежащую Помѣстному Собору власть управленія: «Помѣстному собору Русской Церкви принадлежитъ власть законодательная, руководительная, ревизіонная и высшая судебная»³⁾. Такимъ образомъ и здѣсь «управленіе» является терминомъ, обнимающимъ всю совокупность церковно-правительственной дѣятельности. Однако, конечно, обращеніе къ этому словоупотребленію не рѣшаетъ дѣла, и для разъясненія термина «управленіе» слѣдуетъ прежде всего обратиться къ тѣмъ законодательнымъ памятникамъ, на основѣ которыхъ сложилась интересующая насъ статья. Какъ извѣстно, текстъ 65 статьи, какъ и всѣ прочіе тексты главы VII «О вѣрѣ», перешелъ неизмѣненнымъ въ новые Основные Законы изъ старыхъ Основныхъ Законовъ изд. 1892 г.⁴⁾. Сохраненіе той же редакціи не можетъ, конечно, само по себѣ служить доказательствомъ неизмѣненія смысла статьи съ изданіемъ новыхъ Основныхъ Законовъ⁵⁾; но, какъ было сказано выше, слово «управленіе» въ статьѣ 65 не можетъ быть толкуемо, исходя изъ контекста и общей связи новыхъ Основныхъ Законовъ, и поэтому для уясненія этого термина приходится обратиться къ нашему дореформенному праву.

Въ старыхъ Основныхъ Законахъ статьѣ 65 соотвѣтствовала ст. 43. Подстатейная ссылка подъ ней отсылаетъ насъ къ петровскому Манифесту 25 января 1721 г. и Духовному Регламенту. На основѣ этихъ законодательныхъ актовъ слагались и модифицировались въ дальнѣйшемъ соотвѣтствующія нормы, и поэтому нужно начать съ разсмотрѣнія этихъ законодательныхъ памятниковъ съ интересующей насъ точки зрѣнія. Не подлежитъ никакому сомнѣнію,

¹⁾ «Журналы и протоколы...» т. I, стр. 3 — слова предсѣдателя. Еще показателнѣе рѣчь Бердникова, стр. 127. Разграниченіе этихъ понятій у Глубоковского, стр. 128. Вообще же соотвѣтствующія цитаты можно было бы умножить ad infinitum.

²⁾ «Журналы и протоколы...» т. I, стр. 285—286.

³⁾ Ibid, стр. 292.

⁴⁾ 1906 г., апр. 23, Собр. Узак., 603, ст. 24.

⁵⁾ Въ этомъ отношеніи нельзя согласиться съ мнѣніемъ В. Н. Львова въ его вышеупомянутомъ докладѣ — см. Обзоръ дѣятельности комиссій и отдѣловъ 3-й Г. Думы, сессія I, стр. 98.

что высшая церковно-правительственная власть по этимъ памятникамъ приписывается монарху (какъ государственная или же какъ самостоятельная церковная власть-пока, въ этой связи, безразлично). Но какъ опредѣлена, по этимъ памятникамъ, компетенція Духовной Коллегіи, а впоследствии Святейшаго Правительствующаго Синода? Въ манифестѣ 25 января 1721 г. читаемъ: «Уставляемъ Духовную Коллегію, т.-е. духовное Соборное Правительство, которое, по слѣдующемъ здѣ Регламентѣ, имѣеть всякія духовныя дѣла во Всероссійской Церкви управлять»¹⁾. Въ части II Духовнаго Регламента, озаглавленной: «Дѣла, управленію сему подлежащія», говорится опять о всѣхъ вообще церковныхъ дѣлахъ безъ исключенія. «Разсуждая же дѣла, которыя въ Духовномъ Коллегіумѣ имѣють управлятися, оныхъ всѣхъ два рода: первый родъ дѣлъ обще всей церкви, какъ духовному, такъ и мірскому чину, и всѣмъ великимъ и малымъ чиновнымъ степенямъ, тако и рядовымъ особамъ нужныхъ, гдѣ наблюдать подобаетъ, аще все правильно, по закону христіанскому дѣлается.... Второй родъ дѣлъ собственнымъ чиномъ потребныхъ...»²⁾. Совершенно несомнѣнно, что въ кругъ «всякихъ церковныхъ дѣлъ» входитъ и церковное законодательство³⁾. Что касается до терминологіи, то соответствующая компетенція Духовной Коллегіи называется чаще всего Церковнымъ или Духовнымъ правленіемъ; этотъ терминъ на языкѣ законодателя является равнозначимымъ съ «управленіемъ»⁴⁾ и обнимаетъ собою всю совокупность церковно-правительственной дѣятельности⁵⁾.

Пойдемъ теперь дальше въ порядкѣ фиксаціи текста интересующей насъ статьи. Манифестъ 25 января 1721 г. и Духовный Регламентъ послужили графу Сперанскому основнымъ матеріаломъ при кодификаціи соответствующихъ постановленій о вѣрѣ; результатомъ этой кодификаціонной работы явились стт. 40—43 т. I, ч. I. Свода Законовъ. Какъ мы должны понимать терминъ «управленіе» въ этой кодифицированной ст. 43 Свода изд. 1832 г.? Какихъ-либо новыхъ прямыхъ данныхъ у насъ нѣтъ. Для разъясненія дѣла Темников-

¹⁾ Полное Собрание Законовъ, 1721 г. № 3718.

²⁾ Ibid. При установленіи подлиннаго текста пользовался также Бенешевичемъ, Сборникъ памятниковъ по исторіи церковнаго права, 1914 г., вып. I.

³⁾ См. по этому поводу также Алѣевъ, О духовномъ регламентѣ Петра Великаго. «Московскія Университетскія Извѣстія», 1871 г. № 9, стр. 475, и Бѣлогостицкій, Реформа Петра Великаго по высшему церковному управленію. «Журн. Мин. Нар. Просв.» 1892 г., июнь—июль, стр. 275.

⁴⁾ Не имѣя возможности, въ условіяхъ журнальной статьи, воспроизвести всѣ результаты текстуальнаго изученія Манифеста и Дух. Регламента, позволяю себѣ только указать на полученный выводъ: на языкѣ этихъ актовъ «управленіе» и «правленіе» совершенно синонимичны.

⁵⁾ Синодъ въ области церковной *de jure* имѣеть власть, равную власти Сената въ области государственной. См. Бѣлогостицкій, *op. cit.*, стр. 274.

скій пользуется «Руководствомъ къ познанію законовъ» гр. Сперанскаго. Согласно «Руководству» вопросъ представляется въ такомъ видѣ. По мысли гр. Сперанскаго слѣдуетъ различать порядокъ верховнаго правленія и порядокъ управленія (administration). «Власть верховная править (gouverner) установленіями, ею учрежденными, а установленія управляютъ (administrer) дѣлами, имъ ввѣренными, по уставамъ ихъ и учрежденіямъ»¹⁾. Такимъ установленіемъ для церковныхъ дѣлъ является Святѣйшій Синодъ. «Опредѣленія, предписанія, приказы и указы Св. Синода должны быть въ предѣлахъ того уполномочія, какое дано ему отъ верховной власти. Права на законодательство и на верховное правленіе въ Церкви Синоду не принадлежатъ»²⁾. Поэтому, заключаетъ Темниковскій, «ст. 43 говоритъ не болѣе того, какъ если бы было сказано: въ управленіи военномъ самодержавная власть дѣйствуетъ посредствомъ министерства военного, ею учрежденнаго»³⁾. Далѣе авторъ по тому же «Руководству» подробнѣе перечисляетъ предметы вѣдомства Св. Синода: «предметы вѣдомства: 1) вообще дѣла церковнаго управленія въ высшемъ ихъ отношеніи — избраніе архіереевъ, опредѣленіе архимандритовъ и игуменовъ; 2) законы, судъ и благочиніе — часть судная въ преступленіи должностей, дѣла бракоразводныя, духовная цензура, 3) обученіе — вѣдомство духовныхъ училищъ»⁴⁾. «Въ этомъ перечнѣ», добавляетъ Темниковскій, «не должно смущать слово: законы, такъ какъ и къ предметамъ вѣдомства каждаго изъ министерствъ, по Сперанскому, относятся, между прочимъ, законы — «въ отношеніи къ исполненію ихъ»⁵⁾.

Въ вышеприведенной аргументаціи прежде всего бросается въ глаза недостаточно внимательное отношеніе автора къ смыслу государственной-правовой идеологіи гр. Сперанскаго. Къ вѣдомству министерствъ, по мысли Сперанскаго, отнюдь не «между прочимъ» относятся законы «въ отношеніи къ исполненію ихъ». Въ «Руководствѣ» настойчиво подчеркнутъ чисто исполнительный характеръ министерской власти: министерства вообще установлены для исполненія законовъ⁶⁾. Даже вѣдомство Комитета Министровъ объемлетъ лишь «все исполнительное законодательство», только экстраординарнаго характера, «когда мѣры сіи не означены въ самомъ законѣ

¹⁾ Темниковскій, *op. cit.*, стр. 72; гр. Сперанскій, *Руководство къ познанію законовъ*. 1845 г., стр. 90, §. 140.

²⁾³⁾⁴⁾⁵⁾ Темниковскій, *op. cit.* стр. 73.

⁶⁾ Сперанскій, *op. cit.*, стр. 127, §. 180: «Слѣдовательно, должны быть установленія... для исполненія законовъ государственныхъ: въ-третьихъ, для исполненія законовъ гражданскихъ». Такими установленіями и являются министерства — § 199, стр. 142. Только число ихъ менѣе, чѣмъ слѣдовало бы сообразно числу разрядовъ законовъ, подлежащихъ исполненію. См. также §. 201, стр. 145.

и превышаютъ отдѣльную власть каждого Министра»¹⁾. Въ соотвѣтствіи съ этимъ стоитъ и строго исполнительный характеръ министерской власти, подчеркнутый въ «Учрежденіи министерствъ»²⁾. Далѣе, само отсутствіе при опредѣленіи компетенціи Св. Синода и упоминаніи «законовъ» этой оговорки — «въ отношеніи къ исполненію ихъ» — служить скорѣе аргументомъ contra: здѣсь говорится о законахъ вообще, а не объ ихъ исполненіи. Что формула «въ управленіи церковномъ Самодержавная Власть дѣйствуетъ посредствомъ Святѣйшаго Правительствующаго Синода, ею учрежденнаго» не равнозначуща, по идеологіи гр. Сперанскаго, съ предлагаемой авторомъ: «Въ управленіи военномъ Самодержавная Власть дѣйствуетъ посредствомъ Военнаго Министерства, Ею учрежденнаго», слѣдуетъ уже изъ того, что къ компетенціи Св. Синода ясно и прямо отнесенъ судъ, министерская же компетенція носитъ чисто исполнительный характеръ. Что «опредѣленія, предписанія, приказы и указы Св. Синода должны быть въ предѣлахъ того уполномочія, какое дано ему отъ верховной власти» — этого никто оспаривать не будетъ, но это нисколько не говоритъ противъ законодательной³⁾ компетенціи Св. Синода, потому что онъ функціонируетъ въ качествѣ вторичнаго органа монарха, самостоятельной законодательной власти вообще не имѣетъ⁴⁾, а поскольку она ему *ad hoc* предоставлена, долженъ держаться въ предѣлахъ делегаций.

Но помимо этого, какъ разъ съ точки зрѣнія идеологіи гр. Сперанскаго, мы получаемъ выводы совершенно обратнаго смысла. Ст. 152 Раздѣла II Учрежденія Министерствъ говоритъ: «Въ порядкѣ государственныхъ силъ, министерства представляютъ установленія, посредствомъ коего Верховная Исполнительная Власть дѣйствуетъ на всѣ части управленія». По ст. 43 т. I ч. I, изд. 1832 г., Святѣйшій Синодъ является органомъ Самодержавной, а не Верховной Исполнительной Власти. Самодержавіе же, по мысли гр. Сперанскаго, означаетъ «соединеніе всѣхъ стихійъ державнаго права во всей полнотѣ ихъ, безъ всякаго участія и раздѣленія»⁵⁾. Такимъ образомъ, объемъ компетенціи Св. Синода настолько шире и такъ относится къ министерской компетенціи, какъ относится Самодержавная Власть къ Верховной Исполнительной Власти; съ точки зрѣнія идеологіи

¹⁾ Сперанскій, *op. cit.*, § 208, стр. 149.

²⁾ Сводъ Законовъ, изд. 1892 г., т. I, ч. II, ст. 154 и 156.

³⁾ Или, можетъ быть, точнѣе, законосовѣщательной; говоря фигурально, законы издаются не въ «единеніи со Св. Синодомъ», а «внѣвъ мнѣнію Св. Синода». Хотя Павловъ, Сокращенный курсъ лекцій церковнаго права, изд. 1895—96 г., стр. 393: «Синоду принадлежить... 5) законодательная власть по дѣламъ русской церкви».

⁴⁾ Ср. Суворовъ, *op. cit.*, стр. 254.

⁵⁾ Сперанскій, *op. cit.*, § 97, стр. 50.

гр. Сперанскаго слѣдуетъ считать, что Св. Синодъ является органомъ Самодержавной Власти во всѣхъ составныхъ ея элементахъ.

Таковы соображенія, вытекающія изъ разсмотрѣнія законодательныхъ актовъ, на которыхъ покоится 65 статья Основныхъ Законовъ. Если теперь отъ нихъ обратиться къ нашей дореформенной правовой практикѣ, то и здѣсь есть достаточныя основанія для утвержденія, какъ правило, церковно-законодательной компетенціи Св. Синода. Конечно, извѣстно, что формальное обособленіе актовъ высшей государственной власти, соотвѣтственно ихъ матеріальному различію, не можетъ проводиться со всей полнотой и постоянствомъ при абсолютизмѣ. Едва ли здѣсь нужно упоминать о невозможности опредѣленнаго различія закона и указа въ нашей дореформенной практикѣ. Поскольку волеизъявленіе монарха придавало любому акту силу закона, *legis vigore*, постольку никакіе формальные признаки не могли являться константно соблюдаемыми на практикѣ. Однако, думается, и здѣсь можно утверждать, что по идеологін, а не по практикѣ нашего дореформеннаго права полнотою формальной силы закона обладали лишь акты, прошедшіе черезъ Государственный Совѣтъ и имѣвшіе подпись Государя¹⁾.

И какъ разъ въ этомъ отношеніи наиболѣе любопытно, что та же самая дореформенная практика вполне послѣдовательно, насколько мнѣ извѣстно, проводила разграниченіе внутрицерковныхъ законодательныхъ актовъ отъ актовъ государственнаго законодательства: первые проходили черезъ Святѣйшій Синодъ или же черезъ особо, *ad hoc* создаваемые монархомъ органы²⁾, каковымъ было, напр., Высочайше учрежденное 28 іюня 1862 г. Присутствіе по дѣламъ православнаго духовенства³⁾ и обратно, акты внутрицерковнаго законодательства никогда не проходили черезъ тѣ органы, кои считались компетентными для обсужденія актовъ государственнаго законодательства—въ частности и особенно черезъ Государственный Совѣтъ. Поэтому едва ли возможно согласиться съ Котляревскимъ, что «подобное разграниченіе *temporalia* и *spiritualia* было достаточно чуждо старому русскому строю»⁴⁾. Можно даже оставить пока въ сторонѣ дальнѣйшее утвержденіе автора, что при этомъ строѣ «свѣтская власть никогда не задумывалась надъ своей «компетентностью» разрѣшать вопросы церковно-государственнаго и церковно-

¹⁾ Котляревскій, *op. cit.*, стр. 65.

²⁾ Правомѣрность такого порядка вытекаетъ, какъ увидимъ ниже, изъ ст. 42 (теперь 64) Осн. Зак.; равнымъ образомъ, этой статьей обосновывается власть монарха во внутрицерковной области — см. ниже.

³⁾ Учреждено Выс. утвержд. предположеніями Совѣта министровъ — П. С. З. 1862 г., № 38414; закрыто Выс. утвержд. опредѣленіемъ Св. Синода — П. С. З. 1885 г., 16 февраля.

⁴⁾ Котляревскій, *op. cit.*, стр. 37.

общественнаго характера¹⁾); пусть въ томъ и другомъ случаѣ свѣтская власть выступала именно въ такомъ качествѣ — существенно важнымъ является лишь то, что порядокъ дѣйствія этой власти относительно *temporalia* и *spiritualia* былъ различнымъ.

Это соблюдаемое практикой разграниченіе можно наблюдать съ самаго момента учрежденія Св. Синода. Внутриверховныя законодательныя акты имѣютъ форму или Синодскихъ Указовъ, или, по болѣе важнымъ дѣламъ, указовъ Именныхъ, объявленныхъ изъ Синода, или же форму докладныхъ пунктовъ, на которые кладутся Высочайшія резолюціи²⁾; роль Синода въ дѣлѣ внутриверховнаго законодательства соответствуетъ по праву роли Сената въ области государственнаго законодательства.

Съ учрежденіемъ въ 1801 г. Государственнаго Совѣта у насъ появляется органъ, черезъ который, если не по практикѣ нашего дореформеннаго права, то по его юридической идеологіи должны были проходить акты государственнаго законодательства; и вотъ, насколько мнѣ извѣстно, ни одинъ изъ актовъ внутриверховнаго законодательства не проходилъ черезъ Государственный Совѣтъ: акты этого законодательства всего чаще проходили черезъ Св. Синодъ, или же исходили непосредственно отъ монарха, или же, наконецъ, обсуждались въ особо созданныхъ Монархомъ органахъ³⁾. Обратно, черезъ Государственный Совѣтъ проходили тѣ акты, кои такъ или иначе регулировали положеніе церкви въ государствѣ⁴⁾. Эта практика⁵⁾ и даетъ основаніе утверждать, что наше дореформенное право знало разграниченіе и обособленіе государственнаго и внутриверховнаго законодательства.

¹⁾ Ibid.

²⁾ Указываемый Тихомировымъ (Каноническое достоинство реформы Петра Великаго по церковному управленію, «Богослов. Вѣстникъ», 1904 г. №№ 1—2, стр. 239) автократическій образъ дѣйствія Петра по отношенію къ Синоду не противорѣчитъ вышеуказанной компетенціи Синода — ибо никто не утверждаетъ самостоятельной законодательной власти Синода, какъ, равнымъ образомъ, невозможно оспаривать правомѣрность самостоятельнаго законодательства монарха въ церковной области примѣнительно къ дореформенному праву.

³⁾ См. Суворовъ, *op. cit.*, стр. 186: «Подъ императорскимъ церковнымъ законодательствомъ разумѣются Высочайшія повелѣнія и именныя указы по духовному вѣдомству, затѣмъ Высочайше утвержденныя указы и опредѣленія Св. Синода и Высочайше утвержденныя доклады синодальныхъ оберъ-прокуроровъ».

⁴⁾ Установленіе въ 1864 г. Правилъ для учрежденія Православныхъ церковныхъ братствъ Высочайше утвержд. положеніемъ Комитета министровъ (П. С. З. 1864 г., № 40863) и въ томъ же году положенія о приходскихъ Попечительствахъ — Выс. утвержд. мнѣніемъ Государственнаго Совѣта (П. С. З. 1864 г. № 41144) не должно смущать, ибо, какъ правильно говоритъ Суворовъ, *op. cit.* стр. 416, съ точки зрѣнія закона это не церковныя и не государственныя, а частныя общества.

⁵⁾ Не имѣя возможности воспроизвести въ подробностяхъ изученіе этой практики, позволяю себѣ суммировать его результаты.

Однако, въ специальной литературѣ преобладаетъ противоположный взглядъ. Отсутствие всякой возможности разграниченія *temporalia* и *spiritualia* въ дореформенномъ правѣ утверждаетъ, какъ выше было сказано, С. А. Котляревскій. М. И. Горчаковъ въ своемъ курсѣ церковнаго права раздѣляетъ соотвѣтствующіе законодательные акты, по различію органовъ, издававшихъ ихъ, на: 1) Высочайшіе манифесты и Именные указы, Высочайшія повелѣнія, Высочайше утвержденные доклады и положенія разныхъ правительственныхъ учреждений и лицъ. 2) Указы Св. Синода. 3) Указы Сената, Верховнаго Тайнаго Совѣта, Кабинета Министровъ (при Аниѣ Іоанновнѣ), Конференціи (при Елизаветѣ). 4) Высочайше утвержденные доклады временныхъ учреждений, назначаемыхъ правительствомъ по дѣламъ церкви, такъ, напримѣръ, комиссіи церковныхъ имѣній 1762—1768 гг., комиссіи церковныхъ училищъ, Положенія Выс. утв. въ 1862—1881 гг. присутствія по дѣламъ прав. духовенства и др. 5) Высочайше утвержденныя мнѣнія Государственнаго Совѣта. 6) Высочайше утвержденныя положенія комитетовъ Кавказскаго, Сибирскаго и Комитета Министровъ¹⁾. Это различіе органовъ какъ будто уничтожаетъ всякую возможность утверждать обособленіе порядка внутрицерковнаго законодательства въ нашемъ дореформенномъ правѣ. Однако въ вышеприведенномъ перечисленіи не различаются акты внутрицерковнаго законодательства и акты государственнаго о церкви законодательства. Эти категоріи авторъ вообще не раздѣляетъ достаточно отчетливо²⁾; тамъ же, гдѣ есть попытка такого различенія, и выводы получаются иные. Такъ, на стр. 206 объ актахъ внутрицерковнаго законодательства говорится слѣдующее: «Въ Россіи къ выработкѣ законопроектовъ такого рода Св. Синодъ приступаетъ по собственному усмотрѣнію, по предложенію членовъ Синода или по представленію епархіальныхъ архіереевъ и оберъ-прокурора. Въ случаѣ сложности и важности законопроекта испрашивается предварительное разрѣшеніе монарха. Проектъ составляется особой комиссіей или въ канцеляріи Синода, разсматривается Синодомъ со стороны содержанія и редакціи, и черезъ оберъ-прокурора восходитъ на усмотрѣніе монарха для утвержденія, а иногда безъ пред-

¹⁾ Горчаковъ, *op. cit.*, стр. 65.

²⁾ Думается, благодаря отсутствію такого различенія, получается неясность и извѣстное противорѣчіе и въ слѣдующихъ словахъ Павлова, *op. cit.*, стр. 233: «Синодъ вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлается и органомъ государственнаго законодательства по дѣламъ церкви. Вслѣдствіе этого и источники церковнаго права являются теперь въ новыхъ формахъ, какія неизвѣстны были въ предыдущемъ періодѣ: въ формѣ государственныхъ указовъ и регламентовъ по дѣламъ церкви, Высочайше утвержденныхъ докладовъ Св. Синода, издаваемыхъ на основаніи существующихъ узаконеній, Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта и проч.».

варительнаго разсмотрѣнія Синодомъ докладывается оберъ-прокуроромъ. Обнародывается общимъ порядкомъ и вносится въ Полное Собрание Законовъ, но въ Сводъ обыкновенно не вносится». Собственно говоря, авторъ здѣсь прямо указываетъ на прохожденіе черезъ Св. Синодъ, какъ на нормальный путь внутрицерковнаго законодательства. Отступленія отъ этого правила бывали, по автору, лишь въ формѣ Высочайше утвержденныхъ докладовъ особыхъ комиссій, по докладамъ синодальныхъ оберъ-прокуроровъ. Въ этихъ случаяхъ вообще можно говорить или о непосредственно отъ монарха исходящихъ законодательныхъ актахъ или объ особомъ, *ad hoc*, создаваемой формѣ обсужденія внутрицерковныхъ законовъ; органы, которые презумпировались призванными къ участию въ общегосударственномъ законодательствѣ, и здѣсь не выступали. Съ извѣстнымъ основаніемъ здѣсь можно еще говорить о коллизіи ст. 42 и 43 Осн. Зак., изд. 1832 г., но не о смѣшеніи *temporalia* и *saecularia*; последнее будетъ налицо лишь тогда, если признать, что Монархъ выступаетъ въ церковной сферѣ, какъ носитель государственной власти, и въ качествѣ таковой является первичнымъ органомъ церковнаго законодательства. Къ этому вопросу я еще вернусь ниже.

Противоположный взглядъ—о различіи въ нашемъ дореформенномъ правѣ порядка внутрицерковнаго и общегосударственнаго законодательства—высказанъ Суворовымъ въ его «Учебникѣ церковнаго права»¹⁾; съ наибольшей же категоричностью его поддерживалъ въ своемъ докладѣ председатель комиссіи по дѣламъ православной церкви въ 3-ей Государственной Думѣ В. Н. Львовъ. Львовъ выставилъ въ общей формѣ слѣдующій тезисъ: «церковное законодательство имѣло въ Россіи всегда свой особый порядокъ утвержденія церковныхъ законовъ Верховной властью»²⁾; это — «утвержденіе Государемъ Императоромъ актовъ церковнаго законодательства, восходящихъ къ нему изъ Святѣйшаго Синода, непосредственно по представленію Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода»³⁾. «Ни Государственный Совѣтъ, ни Сенатъ», добавляетъ докладчикъ, «которому Синодъ сообщаетъ свои указы вѣдѣніями, никогда не касались области законодательства церковнаго»⁴⁾. Свой тезисъ В. Н. Львовъ подтверждаетъ слѣдующими фактами, относящимися къ вопросу объ Уставѣ духовныхъ консисторій, по поводу котораго и шелъ споръ въ комиссіи: 1) Въ вышеуказанномъ порядкѣ этотъ Уставъ былъ утвержденъ въ 1841 г. и въ такомъ же порядкѣ измѣ-

¹⁾ Суворовъ, *op. cit.*, стр. 186—187.

²⁾ Обзоръ дѣятельности комиссій и отдѣловъ 3-ей Г. Думы, сессія 1, стр. 98.

³⁾⁴⁾ *Ibid.*, стр. 97.

ненъ въ 1883 г; 2) въ этомъ же порядкѣ была отмѣнена и изложена въ новой редакціи въ 1904 г. ст. 253 Устава; 3) законъ 1864 г. о рѣшеніи вопроса относительно доказательства въ гражданскомъ судѣ законности рожденія ребенка былъ проведенъ въ обще-законодательномъ порядкѣ, безъ всякаго измѣненія Устава духовныхъ консисторій; 4) состоявшееся въ 1892 г. Высочайше утвержденное мнѣніе Государственного Совѣта о дарованіи правъ ссыльнымъ разведеннымъ вновь вступать въ бракъ опять прямо не касалось Устава духовныхъ консисторій¹⁾.

Если сопоставить эти частные, къ Уставу духовныхъ консисторій относящіеся примѣры съ приведеннымъ мною выше разсмотрѣніемъ нашей дореформенной практики, то нельзя не притти къ заключенію, что практика, а не только буква нашего старого права знала различіе этихъ двухъ порядковъ законодательства. Какъ выше было сказано, извѣстныя трудности могутъ представить знакомыя нашей практикѣ какъ непосредственно отъ монарха исходящее законодательство въ церковной области, такъ и особо создававшіяся формы обсужденія внутрицерковныхъ законовъ — напримѣръ, упомянутое мною Присутствіе по дѣламъ православнаго духовенства. Суворовъ считаетъ Высочайше утвержденные журналы этого Присутствія видомъ государственнаго о церкви законодательства²⁾. Съ точки зрѣнія автора это непослѣдовательно: поскольку монарху вообще и принципиально принадлежитъ высшая правительственная власть въ церкви, по самому существу церковнаго организма³⁾, т.-е. независимо отъ положеній государственнаго права, поскольку проф. Суворовъ видитъ во всей исторіи византійскихъ церковно-государственныхъ отношеній доказательство этого тезиса, — постольку, несомнѣнно, создаваемая монархомъ *ad hoc* форма обсужденія внутрицерковныхъ законовъ еще не можетъ сама по себѣ считаться видомъ государственнаго о церкви законодательства. Но пока можно оставить вопросъ о томъ, по какому праву — церковному или государственному — принадлежать монарху высшія правительственныя полномочія въ церкви. Предположимъ пока, что мы все время имѣемъ дѣло только съ государственнымъ правомъ, и обратимся къ выясненію компетенціи самого монарха въ церковной области.

Св. Синодъ, черезъ который дѣйствуетъ Самодержавная Власть, является лишь вторичнымъ органомъ монарха въ сферѣ церковнаго управленія. Положеніе же русскаго императора въ православной

¹⁾ Обзоръ дѣятельности..., стр. 97—98.

²⁾ *Op. cit.*, стр. 187.

³⁾ Особенно рѣзко въ предисловіи Суворова къ переводу книги Маасена, 9 главъ о свободѣ совѣсти и церкви, стр. XXXIII.

церкви регулируется ст. 64 (бывшей 42) Основных Законовъ, которая говоритъ слѣдующее: «Императоръ, яко Христіанскій Государь, есть верховный защитникъ и хранитель догматовъ господствующей вѣры и блюстительъ правовѣрія и всякаго въ Церкви святой благочинія». Прим. «Въ семъ смыслѣ Императоръ въ актѣ о наследіи Престола 1797 Апр. 5 (17910) именуется Главою Церкви»¹⁾ Редакция этой статьи архаична и витіевата; можно согласиться съ мнѣніемъ большинства изслѣдователей, что она едва ли особенно удачна въ юридическомъ смыслѣ²⁾. Въ частности, вопросъ о томъ, какъ исторически сложились употребляемые въ статьѣ термины, весьма споренъ: Суворовъ считаетъ, что названіе «блюститель» есть заимствование византійскаго термина «эπιστομονархъ»³⁾; Темниковскій, въ согласіи съ Тернеромъ и другими, настаиваетъ на протестантскомъ генезисѣ терминовъ ст. 64⁴⁾⁵⁾. Думается, что для юриста этотъ вопросъ довольно безразличенъ, ибо историческій генезисъ не можетъ съ безусловностью предопредѣлить догматическаго содержанія соответствующей нормы. Центръ тяжести при анализѣ ст. 64 лежитъ въ другомъ.

Основной вопросъ, который ставится передъ нами при изученіи ст. 64 Основныхъ Законовъ, можетъ быть формулированъ такъ: имѣемъ ли мы здѣсь только и исключительно идеологическую норму права, или же въ этой витіеватой оболочкѣ скрывается нѣкоторое конкретное правовое содержаніе и этой статьёй устанавливается та или иная компетенція монарха въ Церкви? Нельзя отрицать, что конституціонныя нормы имѣютъ сплошь и рядомъ только идеологическое содержаніе: такое значеніе, напримѣръ, имѣетъ терминъ «Самодержавная Власть» въ извѣстной 4 статьѣ Основныхъ Законовъ. Подобныя нормы даютъ намъ ту или иную идео-

¹⁾ Сводъ Законовъ Россійской имперіи, т. I, ч. I, изд. 1906 г.

²⁾ См. Темниковскій, *op. cit.*, стр. 76—78. Романовичъ-Словатинскій, Система русскаго государственнаго права, ч. I, стр. 176. Тернеръ, Свобода совѣсти, въ «Сборникѣ государственныхъ знаній», 1877 г., т. III, стр. 33. Интересенъ противоположный взглядъ Кузнецова, Журналы и протоколы Преосвященнаго присутствія, т. I, стр. 344: «Статья эта по существу соответствуетъ историческому положенію православной Церкви въ Россіи и можетъ требовать лишь нѣкотораго измѣненія въ редакціи и исправленія кое-какихъ не совсѣмъ удачныхъ выраженій».

³⁾ Суворовъ, *op. cit.*, стр. 211.

⁴⁾ Темниковскій, *op. cit.*, стр. 69.

⁵⁾ Можетъ быть, правильнѣе всего предположить здѣсь наличность византійскихъ корней, только не непосредственное заимствование, а преломленіе византійской традиціи въ довольно долгой исторіи нашихъ церковно-государственныхъ отношеній. Интересно сопоставить, напримѣръ, слѣдующее мѣсто изъ соборной грамоты 1564 г., приводимой Романовичемъ-Словатинскимъ, *op. cit.*, стр. : «...пріяхомъ скинотры Россійскаго царства ...въ обдержаніе и въ осмотръніе всѣхъ благихъ благочестиваго Россійскаго царства, также и въ благосостояніе святыхъ Божіихъ церквей и святыхъ монастырей и мѣстъ».

логическую концепцію всей системы права, но не служат конкретными опредѣлителями компетенціи¹⁾. Думается, что на этотъ вопросъ въ литературѣ уже данъ правильный и безспорный отвѣтъ, въ которомъ сошлись представители вообще діаметрально-противоположныхъ направлений. «Блюстительство», говоритъ проф. Суворовъ, «логически немислимо безъ принятія мѣръ на пользу правовѣрія и благочинія, т.-е. безъ правительственной власти»²⁾. На это мнѣніе Суворова ссылается и Лазаревскій³⁾. Для большей полноты къ вышесказанному остается добавить еще слѣдующее: 1) это не только логическій выводъ изъ идеи блюстительства, но и осуществлявшееся въ исторіи нашего права обоснованіе соответствующей компетенціи монарха. Такъ, Петръ Великій, каковъ бы ни былъ генетически источникъ его идеологии, своимъ блюстительствомъ правовѣрія и благочинія въ Церкви обосновывалъ учрежденіе Духовной Коллегіи⁴⁾; 2) указываемое Темниковскимъ обстоятельство⁵⁾ — что логически полномочія монарха не могутъ вытекать изъ его положенія, яко христіанскаго государя — само по себѣ ничего не говоритъ противъ наличности этихъ полномочій, поскольку послѣднія прямо предоставлены монарху соответствующей нормой; 3) что ст. 64 имѣетъ конкретное правовое содержаніе, несомнѣнно слѣдуетъ и изъ подстрочнаго примѣчанія къ ней. Что значить, что императоръ въ семъ именно смыслѣ именуется главою Церкви? Опять, каковъ бы ни былъ генезисъ этого термина «глава Церкви», само примѣчаніе можетъ обозначать лишь: зинтеть «глава Церкви», прилагаемый къ монарху, конкретно обосновывается лишь на той компетенціи его, которая предоставлена въ вышеприведенной статьѣ, и отноудъ не указываетъ на принадлежность ему *potestatis ordinis* и *magisterii*, другими словами, государь — Глава Церкви лишь въ смыслѣ принадлежности ему церковно-правительственныхъ полномочій, а не полномочій священнодѣйствія и учительства⁶⁾.

Такимъ образомъ, по несомнѣнному смыслу ст. 64 Осн. Законовъ церковно-правительственная власть, безъ какихъ-либо ограниченій, принадлежитъ у насъ Государю Императору.

¹⁾ Но онѣ могутъ и должны быть принципами толкованія *in dubio*.

²⁾ Суворовъ, *op. cit.*, стр. 211.

³⁾ Лазаревскій, *op. cit.*, стр. 373.

⁴⁾ «Духовный Регламентъ», ч. I — по Бенешевичу, *op. cit.*, стр. 96.

⁵⁾ Темниковскій, *op. cit.*, стр. 79.

⁶⁾ См. *Palme, Die russische Verfassung. 1910. S. 136*: «Nur als staatlicher (?) Beschützer der Kirche und als Inhaber des staatlichen Aufsichtrechtes (?) kann der Kaiser, wie die Redaction der Staatsgrundgesetze gewissermassen entschuldigend bemerkt, als Haupt der Kirche bezeichnet werden. Der Kaiser ist jedoch nicht *summus episcopus*, er gehört überhaupt nicht zum Klerus, da ihm die *Chirotonie* fehlt...»

Подведу итоги всему вышесказанному. Примѣнительно къ компетенціи Св. Синода мы получили пока слѣдующіе выводы:

1) Терминъ «управленіе» въ 65 ст. Основныхъ Законовъ не имѣетъ такого же значеніе, какъ въ другихъ статьяхъ Основныхъ Законовъ.

2) «Управленіе» въ 65 статьѣ обнимаетъ собою всю совокупность церковно-правительственной дѣятельности, включая и законодательство. За это, помимо обычнаго словоупотребленія, говорятъ тѣ источники, на основѣ которыхъ сложилась 65 статья (В. М. 25 января 1721 г. и Духовный Регламентъ, также и результаты кодификаціонной работы гр. Сперанскаго) и наша дореформенная практика.

3) Эта практика знала и устойчиво соблюдала два различныхъ порядка законодательства — общегосударственнаго и внутрицерковнаго. Нормальнымъ порядкомъ внутрицерковнаго законодательства было прохожденіе черезъ Св. Синодъ. Но наша практика знала также церковно-законодательные акты, исходившіе непосредственно отъ монарха или же прошедшіе черезъ особо созданные органы. Правомѣрность такого пути поконится на томъ, что монархъ, а не Св. Синодъ является первичнымъ органомъ церковно-правительственной власти. Смѣшеніе *temporalia* и *saecularia* и здѣсь не было.

4) О принадлежности церковно-правительственной власти монарху прямо говоритъ ст. 64.

Если таковъ логическій смыслъ 64—65 ст. ст. Основныхъ Законовъ, то отсюда необходимо слѣдуетъ, что и теперь порядокъ внутрицерковнаго законодательства иной, чѣмъ порядокъ законодательства общегосударственнаго: первичнымъ органомъ въ этой области является Государь Императоръ, дѣйствующій посредствомъ Св. Правительствующаго Синода. Слѣдовательно, въ сферѣ внутрицерковнаго законодательства, ни Государственный Совѣтъ ни Государственная Дума не компетентны. Тутъ мы подходимъ къ центральному и наиболѣе трудному пункту всей проблемы. Можно ли утверждать такую некомпетентность законодательныхъ органовъ, поскольку 86 статья Основныхъ Законовъ постановляетъ безо всякаго ограниченія, что «никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и воспріять силу безъ утвержденія Государя Императора», и, въ частности, п. 1 ст. 31 Учрежденія Государственной Думы общимъ образомъ относитъ къ ея компетенціи «предметы, требующіе изданіе законовъ»? Поскольку, несомнѣнно, наши конституціонные акты употребляютъ слово «законъ» въ матеріальномъ смыслѣ ¹⁾, не устанавливается ли этими нормами общаго положенія, что всякій

¹⁾ См. Котляревскій, *op. cit.*, стр. 21 сл.

законъ въ матеріальномъ смыслѣ этого слова устанавливается въ вышеуказанномъ порядкѣ? ¹⁾

Такъ какъ этотъ вопросъ имѣетъ совершенно общее и принципиальное значеніе для истолкованія нашего дѣйствующаго права, на немъ слѣдуетъ остановиться подробнѣе. Начну съ основного: въ чью пользу — правительства или народнаго представительства — существуетъ въ нашемъ правѣ презумпція при разграниченіи компетенцій?

Въ извѣстной части нашей литературы признакомъ хорошаго тона считается толкованіе *in dubio* въ пользу законодательныхъ учреждений, своего рода *favor representationis*. Возможно, что политически, *de lege ferenda*, это и предпочтительнѣе. Но политическія заданія — вещь вообще спорная и при догматическомъ изслѣдованіи, думается, совершенно безразличная. Сводя къ логическому единству правовой матеріалъ, догматики никогда не должны забывать, что объектъ его изученія — правовой комплекс — до извѣстной степени носитъ самъ въ себѣ законъ своей систематизаціи и предпосылки своего истолкованія. Игнорировать ихъ, систематизировать право по чуждымъ ему и извнѣ привнесенымъ посылкамъ — значитъ, отказываться отъ всякой научной убѣдительности и, вмѣсто познанія конкретнаго дѣйствующаго права, давать вымышленную, произвольную систему. И, думается, худо это или хорошо, мы должны признать за несомнѣнный фактъ, что наши Основные Законы презумируютъ вообще компетенцію монарха и ограничительно опредѣляютъ компетенцію народнаго представительства. Не буду ссылаться на «духъ законодательства»; презумпція эта ясно выражена прежде всего въ ст. 4 Основныхъ Законовъ съ ея терминомъ «Самодержавная Власть». Это, такъ сказать, идеологическая предпосылка нашего конституціоннаго права. Но та же презумпція ясно и юридически безспорно выражена въ ст. 109 Осн. Зак.: «Вѣдѣнію Государственнаго Совѣта и Государственной Думы и обсужденію ихъ въ порядкѣ, учрежденіями ихъ опредѣлен-

¹⁾ Въ этомъ вопросѣ совершенно нельзя согласиться съ Коркуновымъ, Указъ и законъ, стр. 261 слл., считающимъ, что постановленія конституцій объ осуществленіи монархомъ законодательной власти съ соучастіемъ народнаго представительства употребляютъ слово «законъ» въ формальномъ смыслѣ; поэтому авторъ считаетъ, что соответствующія нормы вовсе не требуютъ изданія всякаго закона въ матеріальномъ смыслѣ въ вышеуказанномъ порядкѣ. Прежде всего, аргументація Коркунова противорѣчитъ непосредственному смыслу цитируемыхъ статей; во-вторыхъ, самъ авторъ долженъ допустить, что при такомъ предположеніи эти статьи лишаются сами по себѣ всякаго положительнаго содержанія и обращаются въ тождество. Но, конечно, отсюда не вытекаетъ ограниченія указной власти главы государства, поскольку въ предоставленіи ему вообще исполнительной власти заключается и конституціонная делегація указнаго права.

номъ, подлежатъ тѣ дѣла, кои указаны въ учрежденіяхъ Совѣта и Думы». Дѣйствительно, что означаетъ эта статья? Было бы весьма странно видѣть въ ней исключительно указаніе на то, что компетенція Совѣта и Думы опредѣлена въ ихъ Учрежденіяхъ. Помимо общей несообразности такого предположенія, противорѣчитъ ему и мѣсто, занимаемое ст. 109; если бы эта статья имѣла чисто указательное значеніе, непонятно было бы ея помѣщеніе въ серединѣ главы X послѣ статей 107 и 108, особо выделяющихъ извѣстныя области компетенціи Думы и Совѣта. Ст. 109 Основныхъ Законовъ не можетъ имѣть никакого другого смысла, кромѣ того, что законодательныя учрежденія вѣдаютъ лишь тѣ дѣла, кои указаны въ соотвѣствующихъ учрежденіяхъ. При такомъ толкованіи становится понятнымъ и мѣсто, занимаемое этой статьей. Ст. 107 говоритъ о законодательной инициативѣ Г. Совѣта и Г. Думы, ст. 108 о правѣ запросовъ, т.-е. особо упоминаютъ о нѣкоторыхъ областяхъ компетенціи законодательныхъ учреждений; ст. же 109 высказываетъ общую презумпцію опредѣленія ихъ компетенціи. Въ предѣлахъ этой ограничительно опредѣленной компетенціи примѣненъ энумеративный методъ — см. статью 31 Учр. Гос. Думы. Равнымъ образомъ за предѣлами ея есть особо энумеративно указанные придатки, напр. ст. 118 и 119 Основныхъ Законовъ — но эти придатки особо выдѣлены.

Если, такимъ образомъ, компетенція народнаго представительства опредѣлена у насъ ограничительно, то, съ другой стороны, законодательная функція общимъ образомъ отнесена нашимъ правомъ къ вѣдѣнію представительныхъ учреждений. Но изъ этого общаго правила есть цѣлый рядъ исключеній: таковыя устанавливаются, напримѣръ, извѣстною 96 статьей Основныхъ Законовъ для постановленій «по строевой, технической и хозяйственной частямъ», а равно для «положеній и наказовъ учрежденіямъ и должностнымъ лицамъ военнаго и военно-морского вѣдомства» — съ извѣстными ограниченіями, а также 97 статьей для военнаго и военно-морского процессуальнаго и матеріальнаго судебного права. Можно здѣсь указывать на соблюденіе конституціонной терминологіи — эти нормы именуется не законами, а постановленіями ¹⁾ — но существа дѣла это не мѣняетъ: извѣстная и значительная часть нормъ, являющихся по матеріальному содержанію законами, устанавливается у насъ безъ участія народнаго представительства ²⁾.

¹⁾ См. Котляревскій, *op. cit.*, стр. 27. Лазаревскій, *op. cit.*, стр. 367.

²⁾ Грибовскій, *Государ. устройство и управление российской имперіи* Зап. Имп. Новор. Университета, юр. фак. 1911 г., вып. IV, указываетъ даже что едва ли возможно признавать постановленія въ порядкѣ ст. 96—97 только распоряженіями — см. стр. 60 — этимъ устранялась бы возможность всякаго новаго правотворчества въ данной области.

Если согласиться съ вышеприведеннымъ толкованіемъ 64 и 65 статей Основныхъ Законовъ, то необходимо признать, что послѣднія какъ разъ устанавливаютъ такое же изъятіе для актовъ внутрицерковнаго законодательства: ст. 64, предоставляя монарху совокупность правительственныхъ полномочій въ православной церкви, ст. 65, устанавливая порядокъ осуществленія этихъ полномочій черезъ Св. Правительствующій Синодъ. При этомъ пониманіи соответствующихъ статей совершенно безразлично, что ни въ главѣ о осуществѣи верховной власти, ни въ главѣ о законахъ, ни въ Учрежденіяхъ Государственнаго Совѣта и Государственной Думы «не положено никакихъ изъятій относительно церковнаго управленія» и церковнаго законодательства¹⁾; такое изъятіе положено въ главѣ VII Основныхъ Законовъ, «О вѣрѣ».

Если теперь будетъ позволено отъ соображеній строгаго юридическаго порядка обратиться на моментъ къ соображеніямъ политической цѣлесообразности, то здѣсь мы замѣтимъ любопытную подробность въ соответствующей литературѣ. Даже признавая законодательныя учрежденія компетентными въ области внутрицерковнаго законодательства, изслѣдователи, напр. Лазаревскій²⁾, замѣчаютъ, что осуществленіе этой компетенціи органами, «которые могутъ въ значительной своей части оказаться состоящими изъ лицъ инославныхъ и иновѣрныхъ, можетъ на практикѣ встрѣтить извѣстное недовольство православнаго населенія»³⁾. Выходомъ, по мнѣнію Лазаревского, является предоставленіе собственно церковнаго законодательства «какому-либо автономному, чисто конфессіональному учрежденію, напр. церковному собору».

Дѣйствительно, подобныя соображенія являются весьма существенными. Предоставленіе всей области внутрицерковнаго законодательства вѣдѣнію законодательныхъ органовъ не только нецѣлесообразно, но и совершенно невозможно политически. Это было бы въ концѣ-концовъ воскрешеніе чистаго территориализма, вѣроятно, гораздо болѣе чреватое послѣдствіями, чѣмъ старый территориализмъ⁴⁾. Поэтому, если даже согласиться съ юридическими

¹⁾ Темниковскій, *op. cit.*, стр. 276—277.

²⁾ *Op. cit.*, стр. 374.

³⁾ Такія же соображенія и у Кузнецова, Журналы и протоколы... т. I, стр. 343.

⁴⁾ Необходимость какъ-нибудь обосновать юридически несомнѣнную политически истину приводитъ порою къ совершенно искусственнымъ и непріемлемымъ построеніямъ. Такъ, Кузнецовъ приводитъ слѣдующее возможное обоснованіе: верховная власть въ Россіи должна быть непременно православной, такъ какъ юридически обязательна принадлежность монарха къ православной церкви. Поэтому, поскольку Дума и Совѣтъ не являются православными, то дѣла, касающіяся православной церкви, не подлежатъ ихъ вѣдѣнію. Самъ Кузнецовъ не одобряетъ подобнаго рода доводы изъ сообра-

выводами Лазаревского, то и тогда необходимо провести уже внутри собственно церковного законодательства какую-либо границу и прежде всего выделить из компетенции Думы и Совета область догматического законодательства. А такое разграничение не только противоречит вышеустановленному пониманию нашего права, но и весьма условно и произвольно. Да и вообще, предоставление каких бы то ни было правительственных полномочий в православной церкви органам разнородного конфессионального состава совершенно недопустимо с православной канонической точки зрения. И если защищаемую мною точку зрения можно, как я и попытаюсь ниже, согласовать с началами православного церковного права, то второе толкование никоим образом с этим правом непримиримо.

Полученный нами дальнейший вывод можно пока формулировать так: принципиально ст. 64 и 65 Основных Законов устанавливают некомпетентность законодательных органов в области внутрицерковного законодательства. Впоследствии я укажу на некоторые возможные поправки к этой формуле, а также попытаюсь ответить на вопрос о церковном управлении. Теперь же следует остановиться на положительной стороне полученного вывода: внутрицерковное законодательство осуществляется через Святейший Правительствующий Синод, выступающий в качестве вторичного органа монарха. Можно ли отнести всю область внутрицерковного законодательства к ведению Св. Синода, посредством которого действует Самодержавная Власть? Такое допущение отрицал покойный Градовский¹⁾. «Права самодержавной власти», говорит Градовский, «касаются предметов церковного управления, а не самого содержания положительного вероисповедания, догматической и обрядовой стороны его». «Компетенция Верховной власти ограничивается теми делами, которые вообще могут быть предметом церковной администрации, т.-е. не предполагают актов, по существу своему принадлежащих органам вселенской церкви, вселенским соборам»²⁾.

По поводу этих выводов Градовского приходится сказать следующее. Если термин «управление церковное», как думается, обозначает всю совокупность церковно-правительственных полномо-

жений «правовой справедливости» — «Журналы и протоколы...» т. I, стр. 344. Но ведь вся вышеприведенная аргументация так и просится на *reductio ad absurdum*: высшая государств. власть необходимо православна, Дума и Совет не что, следовательно, Дума и Совет не являются органами высшей государственной власти и вся их компетенция целиком отпадает.

¹⁾ Градовский, Начала русского государственного права, ч. I, изд. 1901, стр. 134.

²⁾ Ibid., стр. 135.

мочій, potestas jurisdictionis, а не только административную компетенцію, то по нормамъ нашего государственнаго права (а пока мы разсматриваемъ ст. 64—65 исключительно въ такомъ качествѣ) Св. Синодъ, черезъ который дѣйствуетъ монархъ, компетентенъ во всей церковно-правительственной области. Насколько онъ управомоченъ къ установленію догматическаго ученія, это вопросъ, рѣшаемый уже вѣроученіемъ и вообще каноническимъ правомъ православной церкви. И здѣсь, кажется, довольно безспорно слѣдующее. Вѣроученіе православной церкви имѣетъ нѣкоторый неподвижный догматическій остовъ. Говоря словами Градовскаго, «православная вѣра есть совокупность догматовъ и обрядовъ, провозглашенныхъ божественнымъ Основателемъ нашей церкви и развитыхъ вселенскими соборами. Они не могутъ быть отмѣнены никакою другою властью». Въ области этихъ, установленныхъ Священнымъ Писаніемъ и зафиксированныхъ вселенскими соборами догматовъ и обрядовъ, конечно, Святѣйшій Синодъ помѣстной русской церкви некомпетентенъ. Но поскольку можно говорить о дальнѣйшемъ развитіи и восполненіи догматическаго православнаго вѣроученія, нѣтъ основанія признавать здѣсь некомпетентность Св. Синода — подъ условіемъ рецепціи соответствующихъ положеній церковью вселенской.

Предыдущій случай извѣстной возможной антиноміи государственнаго и церковнаго права естественно привелъ насъ къ слѣдующей важной проблемѣ. До сихъ поръ мы имѣли дѣло со ст. 64—65 исключительно, какъ съ нормами права государственнаго; беря ихъ только въ такомъ качествѣ, мы логически пришли къ выводу, что этими статьями принципиально исключается компетентность законодательныхъ учреждений въ области внутрицерковнаго законодательства. Но, дѣйствительно, являются ли эти нормы только нормами права государственнаго, выступаетъ ли монархъ, дѣйствующій черезъ Св. Синодъ, въ качествѣ посителя церковно-правительственныхъ полномочій, исключительно на основаніи государственнаго, а не церковнаго права? На этотъ вопросъ литература въ подавляющемъ большинствѣ даетъ утвердительный отвѣтъ, въ которомъ сходятся какъ государствовѣды, такъ и канонисты. Въ цѣляхъ систематизаціи эти отвѣты можно раздѣлить по мотивировкамъ на три группы. Прежде всего, въ основаніе аргументаціи кладется то соображеніе, что принадлежность церковно-правительственныхъ полномочій государственной власти противорѣчитъ каноническому праву православной церкви. Эта точка зрѣнія намѣчена въ разсужденіяхъ проф. Нольде объ оберъ-прокуратурѣ и является логическимъ выводомъ изъ его аргументаціи. «Свѣтская власть, говорить

Нольде, управлять русскою церковью не въ правѣ». «Каноническое право требуетъ пересмотра существующихъ отношеній между русскимъ государствомъ и русскою церковью и возстановленія законныхъ правъ самоуправленія послѣдней»¹⁾. Однако, эти выводы Нольде не отвѣчаютъ на вопросъ объ обоснованіи соответствующихъ полномочій монарха на церковномъ правѣ, какъ таковомъ. Дѣло тутъ не только въ недостаточномъ различеніи *juris canonici* и *juris ecclesiastici*, но и въ нѣскольکو неправильномъ пониманіи ихъ взаимоотношеній. Каноническое право сохраняетъ свое неизмѣнное значеніе, поскольку имъ формулировано догматическое ученіе церкви. Въ области же церковнаго устройства и порядка опредѣляющимъ служить исторически измѣнчивое церковное право. То устройство, которое было предусмотрено канонами, является лишь одной изъ историческихъ формъ вывѣшенія организаціи православной церкви, за которой слѣдовали другія формы. Нельзя, конечно, разрывать всякую связь каноническаго и церковнаго права. Первое служитъ для послѣдняго мѣриломъ и заданностью, нормой *de lege ferenda*. Но этимъ отнюдь не подрывается правовое значеніе эволюционирующихъ и измѣнчивыхъ нормъ церковнаго устройства. Такъ и понимало значеніе канонѡвъ большинство членѡвъ I отдѣла Предсоборнаго Присутствія въ своемъ обмѣнѣ мнѣній по данному поводу. «Мы должны заботиться», говорилъ предсѣдатель отдѣла высокопреосв. Димитрій, архіепископъ Херсонскій, «не о томъ, чтобы канѡны, свыше тысячи лѣтъ тому назадъ подробно опредѣлившіе несущественныя стороны жизни Церкви въ тогдашнихъ внѣшнихъ условіяхъ, были выполнены буквально и теперь, а только о томъ, чтобы строй нашей Церкви согласовался съ существомъ канѡновъ и не противорѣчилъ бы имъ»²⁾. Гарантію каноничности существовавшаго до сихъ поръ церковнаго строя высокопреосв. Димитрій видѣлъ въ наличности епископѡвъ³⁾. Въ такомъ же духѣ высказывался относительно канѡновъ и членъ Присутствія Аксаковъ: «Бремя канѡновъ, если мы не будемъ отождествлять съ ними преданій челоѡческихъ, легко. Они даютъ только ту неизмѣнную рамку, въ которую свободно вкладывается жизнь церковная всѣхъ мѣстъ и народовъ, съ ея живыми запросами, требованіями и стремленіями»⁴⁾. Поэтому, то утвержденіе неканоничности нашего церковнаго строя не предрѣшаетъ вопроса, на какомъ правѣ — церковномъ или государственномъ — поконится организація нашей православной церкви.

¹⁾ Бар. Нольде, Очерки русскаго государственнаго права. 1911, стр. 16.

²⁾ «Журналы и протоколы...» т. I, стр. 98.

³⁾ Ibid., стр. 3.

⁴⁾ Ibid., стр. XI.

Второе направлѣніе въ литературѣ пользуется нѣсколько иной аргументаціей. Основнымъ положеніемъ служить здѣсь то, что «правительственная власть въ православной церкви принадлежить только Государю»¹⁾. Это такъ, потому что: 1) Св. Синодъ былъ учрежденъ государственнымъ, а не церковнымъ актомъ; 2) на таковой характеръ государственной власти указывала присяга, теперь отмѣненная, членовъ Св. Синода; 3) ст. 64 Основныхъ Законовъ презумируетъ правительственныя полномочія монарха; 4) нѣтъ никакого самостоятельнаго церковнаго органа — носителя соотвѣствующихъ правительственныхъ правъ²⁾. «Поэтому по дѣламъ церковнымъ у насъ было возможно изданіе лишь государственныхъ, а не церковныхъ законовъ», и равнымъ образомъ всѣ акты высшаго церковнаго управленія исходили отъ государя.

Эта аргументація, наиболѣе подробно развитая Лазаревскимъ, страдаетъ извѣстной недосказанностью и нерасчлененностью. То, что совокупность церковно-правительственныхъ полномочій въ православной церкви принадлежить у насъ органу высшей государственной власти, еще не рѣшаетъ вопроса о томъ, по какому праву — церковному или государственному — принадлежать государю эти полномочія. Логически вполнѣ возможно, что монархъ является одновременно носителемъ и высшей государственной и высшей церковной власти на основаніи двухъ принципиально различныхъ правопорядковъ. Поэтому изъ такого совпаденія можетъ, правда, слѣдовать, что всѣ законы по церковнымъ дѣламъ являлись и законами государственнымъ, но отнюдь не слѣдуетъ, что они были только и исключительно законами государственнымъ.

Правильную постановку вопроса даетъ Темниковскій: по какому праву принадлежить государю высшая церковно-правительственная власть? Авторъ отвѣчаетъ на это слѣдующимъ образомъ: «императоръ есть носитель и органъ высшей власти въ русской православной церкви; его церковная власть есть часть или, вѣрнѣе, одно изъ направленій высшей власти государственной; непроизводной по существу и самостоятельной по осуществленію чисто церковной власти русскіе основные законы не знаютъ»³⁾. Поэтому всѣ соотвѣствующие акты суть акты государственные (законы и акты верховнаго управленія), Св. Синодъ есть государственное установленіе и находится въ аналогичной съ прочими государственнымъ установленіями зависимости отъ монарха, и «русская церковь съ фор-

¹⁾ Лазаревскій, *op. cit.*, стр. 733.

²⁾ *Op. cit.*, стр. 372—373.

³⁾ *Op. cit.*, стр. 47.

мально-юридической точки зрѣнія есть часть государственнаго строя, вѣдомство»¹⁾).

Эти выводы Темниковскаго основаны на соображеніяхъ троякаго рода: 1) на идейномъ вліяніи территоріалистической теоріи и естественно-правовой доктрины на церковную реформу Петра Великаго; 2) на томъ, что въ Манифестѣ 25 января 1721 г. и Духовномъ Регламентѣ императорская власть въ дѣлѣ церковной реформы выступаетъ какъ государственная власть (съ сенатомъ); 3) на воззрѣніяхъ по данному поводу гр. Сперанскаго, какъ кодификатора Свода.

Обращаясь къ разсмотрѣнію этихъ соображеній въ отдѣльности, едва ли можно считать ихъ достаточно убѣдительными. 1) Насколько строй православной церкви сложился подъ протестантскимъ или же византійскимъ вліяніемъ — вопросъ въ высшей степени спорный; во всякомъ случаѣ нельзя отрицать основательное знакомство Оеофана Прокоповича съ византійскими порядками²⁾. Также и характеръ самихъ византійскихъ церковно-государственныхъ отношеній едва ли можетъ считаться опредѣленно установленнымъ въ литературѣ³⁾; во всякомъ случаѣ, юридическая квалифікація его весьма затруднительна. 2) Что въ дѣлѣ церковной реформы императорская власть выступаетъ, какъ государственная — съ сенатомъ, это также нуждается въ извѣстныхъ поправкахъ. Прежде всего Духовный Регламентъ по своему содержанію носитъ двойственный характеръ, имъ не только регулируются внутрицерковныя отношенія, но и затрагивается государственно-правовое положеніе церкви, т.-е. по матеріальному своему содержанію, это также и актъ государственнаго о церкви законодательства. Этимъ въ извѣстной степени можно объяснить участіе сената. Далѣе, нельзя съ полной достовѣрностью сказать, что сама императорская власть выступаетъ здѣсь, какъ власть государственная. Если, съ одной стороны, п. 3. I части Регламента говоритъ, что «коллегіумъ правительское подъ Державнымъ Монархомъ есть и отъ Монарха уставлено», то эта учредительная компетенція монарха обосновывается, какъ мы видѣли, его блюстителествомъ въ церкви. По поводу же блюстительства представляется еще далеко не рѣшеннымъ, есть ли это воспроизведеніе протестантской доктрины о sus-

¹⁾ Ibid., стр. 80.

²⁾ Объ этомъ свидѣтельствуетъ работа Прокоповича:

³⁾ Точкѣ зрѣнія Маасена и Суворова рѣзко противоположенъ взглядъ Бердникова, Основныя начала церковнаго права православной церкви, стр. 69—129. Изъ новыхъ работъ, правда, компливативнаго характера, см. Савва, Московскіе цари и византійскіе василевсы, 1901 г., стр. 58 сл. Думается, что трудность — въ невозможности перевода на нашъ юридическій языкъ церковно-государственныхъ отношеній Византіи.

today, или же византийского порядка идей. Всего вероятнее, что это — преломленная предшествующей русской историей византийская традиция. Затѣмъ, Петръ пытался придать дѣлу церковной реформы и чисто церковную санкцію: во-первыхъ, путемъ опроса русской іерархіи и, во-вторыхъ, путемъ полученія отъ восточныхъ патріарховъ (Константинопольскаго и Антиохійскаго) грамотъ съ утвержденіемъ Св. Синода. Свободно ли дала свое согласіе русская іерархія и какимъ путемъ было получено согласіе восточныхъ патріарховъ — вопросъ другой. Чисто юридически эти грамоты имѣли значеніе санкціи со стороны авторитетныхъ представителей (хотя и не всѣхъ) вселенской православной церкви новаго русскаго церковнаго строя. Наконецъ, Темниковскій совершенно упускаетъ изъ виду слѣдующее. Если бы даже вначалѣ реформа была произведена государственной властью, это еще не предрѣшаетъ возможности для соотвѣствующихъ нормъ стать церковнымъ правомъ благодаря длительному послѣдующему *usus'у*. Объ этомъ будетъ еще сказано ниже. 3) Идеологія гр. Сперанскаго, открывающаяся намъ изъ его «Руководства», какъ ни интересна сама по себѣ, не можетъ дать безспорнаго отвѣта на поставленный нами вопросъ. Если для Сперанскаго Св. Синодъ представлялся государственнымъ учрежденіемъ, то это еще не рѣшаетъ, не сталъ ли онъ благодаря соотвѣтствующей долгой церковной практикѣ органомъ церкви по церковному праву. На этомъ слѣдуетъ остановиться нѣсколько подробнѣе.

Когда ставится вопросъ, по какому праву — церковному или государственному — русскій монархъ является высшимъ органомъ православной русской церкви, то прежде всего нужно отчетливо различать матеріальное и формальное понятіе церковнаго права. Если брать церковное право въ матеріальномъ смыслѣ слова, какъ совокупность нормъ, регулирующихъ внутрицерковныя отношенія (а такого опредѣленія придерживается большинство русскихъ канонистовъ¹⁾, что, до извѣстной степени характерно), то при такой точкѣ зрѣнія компетенція монарха естественно базируется на церковномъ правѣ. Но, конечно, мы чувствуемъ недостаточность подобнаго опредѣленія, и не это имѣлъ въ виду Темниковскій, говоря, что «непроизводной по происхожденію и самостоятельной по осуществленію чисто церковной власти русскіе основныя законы не знаютъ». Здѣсь церковное право понимается въ формальномъ смыслѣ, какъ совокупность нормъ, установленныхъ самостоятель-

¹⁾ См. Суворовъ, *op. cit.*, стр. 6. Внѣшнее и внутреннее церковное право также различается по содержанію. Горчаковъ, *op. cit.*, стр. 6 — церковное право является таковымъ независимо отъ происхожденія.

ными церковными органами. Тутъ мы подходимъ къ центральному пункту проблемы. Если для католической церкви мы безусловно принимаемъ такое опредѣленіе церковнаго права, для протестантизма же должны допустить лишь право въ матеріальномъ смыслѣ (по терминологіи Friedberg'a, здѣсь отпадаетъ субъективный критерій церковнаго права¹⁾), то каково въ данномъ случаѣ положеніе православной церкви? Конечно, здѣсь нельзя согласиться съ крайнимъ воззрѣніемъ Суворова, принципиально отрицающаго возможность самостоятельнаго правообразованія въ православной церкви и считающаго монарха необходимымъ носителемъ церковно-правительственныхъ полномочій. Въ этомъ смыслѣ нельзя не согласиться съ Бердниковымъ, главнымъ тезисомъ котораго въ «Основныхъ началахъ церковнаго права православной церкви» служить утвержденіе исторически существовавшего въ православной церкви самостоятельнаго церковнаго правообразованія. Дѣйствительно, никакими соображеніями нельзя обосновать принципиальную недопустимость такого правообразованія. Даже болѣе: изъ существа православной церкви съ ея каноническимъ институтомъ епископовъ, естественно вытекаетъ признаніе за ея органами церковно-правительственныхъ полномочій. Но исторически каждый разъ является *quaestio facti* — какого происхожденія тѣ нормы, которыя въ данный моментъ регулируютъ церковныя отношенія. И если мы признаемъ государственное происхожденіе нормъ, регулирующихъ современное устройство русской православной церкви, то этого еще недостаточно: генетически государственно-правовыя нормы, регулируя въ теченіе долгаго періода времени церковныя отношенія, становятся церковнымъ правомъ и въ формальномъ (субъективномъ) смыслѣ. Чуждое по своему происхожденію правило, являясь константной нормой церковныхъ отношеній, пріобрѣтаетъ характеръ подлиннаго церковнаго права. Этотъ процессъ можетъ быть юридически охарактеризованъ, какъ обычно-правовая рецепція чуждаго церкви по своему происхожденію писанаго права. Данный процессъ еще болѣе облегчался двумя обстоятельствами: 1) существованиемъ для церковно-правовой рецепціи сохраненіемъ чертъ каноническаго устройства (что признастъ и Темниковскій); 2) тѣмъ, что православная церковь не утверждаетъ принципиально недопустимости всякаго не отъ нея самой исходящаго правообразованія. Поскольку же для измѣненія устройства помѣстной церкви нужна такъ или иначе каноническая санкція церкви вселенской, формально, какъ мы видѣли, можно видѣть эту санкцію въ грамотахъ вселенскихъ патріарховъ объ утвержденіи Св. Синода.

¹⁾ Friedberg, *op. cit.*, S. 2.

Единственным затрудненіемъ при подобной постановкѣ вопроса служить лишь то, что утвержденію о правовой рецепціи можно противопоставить другое соображеніе: новый церковный строй рѣзко противорѣчилъ правосознанію большинства членовъ церкви и сохранялся при извѣстномъ пассивномъ сопротивленіи съ ихъ стороны. Два изслѣдователя этого вопроса — Бѣлогостицкій и Тихомировъ — оба сходятся въ аналогичныхъ выводахъ. Бѣлогостицкій говоритъ о времени, непосредственно слѣдующемъ за учрежденіемъ Св. Синода, и приводитъ рядъ мнѣній представителей русской іерархіи; «однимъ словомъ», резюмируетъ авторъ свои выводы, «недовольныхъ учрежденіемъ Синода были дѣлая массы»¹⁾. Еще рѣшительнѣе въ своихъ заключеніяхъ Тихомировъ; по мнѣнію автора, нельзя признавать цезарепапистскаго характера нашего церковнаго управленія «единственно благодаря тому, что эта система, хотя и узаконенная и практически примѣнявшаяся, никогда не признавалась законною какъ со стороны іерархіи, такъ и со стороны паствы»²⁾; «во все послѣдующее время для народа истинной церковной властью оставался соборъ іерарховъ, а не повелѣвающій послѣднимъ государь», и «если бы государь задумалъ безъ Синода издать какое-либо распоряженіе по дѣламъ вѣры или церковной жизни, оно непременно вызвало бы народные волненія»³⁾.

Какъ ни любопытны сами по себѣ эти соображенія, едва ли можно признать ихъ убѣдительными. Вообще всякая апелляція къ правосознанію всегда заключаетъ въ себѣ большую долю произвольности и случайности, когда доказывается неправомѣрность существующаго строя. Недовольнымъ членамъ церкви всегда съ такимъ же успѣхомъ можно противопоставить достаточное число довольныхъ. Можно отвести по отдѣльности каждую изъ подписей духовенства на Духовный Регламентъ, но это значило бы вступить въ область чистаго произвола. Недовольство монашества, въ частности, объясняется очень легко постановленіями Духовнаго Регламента относительно монашествующихъ⁴⁾. Что есть разница въ положеніи монарха, который не принадлежитъ къ іерархіи, и Св. Синода, состоящаго изъ ея членовъ — несомнѣнно, но это различіе касается области вѣроученія и учительныхъ полномочій, а не церковно-правительственной власти⁵⁾. Заключать же о томъ, что было бы, если бы монархъ издалъ какое-либо распоря-

¹⁾ Бѣлогостицкій, *op. cit.*, стр. 16.

²⁾ Тихомировъ, *op. cit.*, стр. 240.

³⁾ *Ibid.*, стр. 241.

⁴⁾ См. прибавленіе къ Дух. Регламенту — о правилахъ причта церковнаго и чина монашескаго.

⁵⁾ Поэтому есть извѣстная истина въ формулѣ *Palme*, *op. cit.*, S. 136: «Im kirchlichen Sinne ist das Haupt der Kirche die Heiligste Dirigierende Synode, als Nachfolgerin der russischen Patriarchen».

женіе по дѣламъ церкви безъ Св. Синода, по меньшей мѣрѣ странно и довольно бесполезно: вѣдь не вызвалъ же никакихъ «народныхъ волненій» знаменитый указъ Павла I, гдѣ онъ объявлялъ себя главою церкви въ дѣлахъ вѣры! То, что истинно въ выводахъ Тихомирова, слѣдуетъ формулировать иначе: существу православной церкви, канонической нормѣ ея болѣе соответствуетъ другое устройство, гдѣ правительственныя полномочія въ церкви принадлежать ея самостоятельнымъ и непронизваемымъ органамъ. Но это требованіе относится къ существующему строю такъ же, какъ всякая правнополитическая заданность къ дѣйствующему праву; вмѣ не исключается, что современная организація русской православной церкви покоится на церковномъ правѣ. Пусть соответствующія нормы были первоначально государственными по своему происхожденію: регулируя въ теченіе почти 200 лѣтъ церковную жизнь, онѣ стали нормами церковнаго права; ихъ государственно-правовое масіумъ стерлось долгимъ и постояннымъ примѣненіемъ. И не дана ли канонами санкція такихъ долго дѣйствующихъ нормъ, независимо отъ ихъ генезиса, въ I правилѣ Никейскаго собора, на которое ссылался въ Предсоборномъ Присутствіи арх. Херсонскій Димитрій, говоря: «I правиломъ Никейскаго собора предписывается хранить древніе обычаи. Древними въ этомъ правилѣ называются обычаи, которые получили начало въ теченіе 100—150 лѣтъ до этого правила. Между тѣмъ наше синодальное управленіе получило начало около 200 лѣтъ тому назадъ, и потому мы въ правѣ называть его древнимъ не только обычаемъ, но и правиломъ»¹⁾.

Такимъ образомъ, изъ всего вышесказаннаго слѣдуетъ, что церковно-правительственныя полномочія принадлежать монарху и его вторичному органу — Св. Синоду не только по праву государственному, но также по праву церковному. Этимъ а fortiori принципиально исключается компетенція Г. Совѣта и Г. Думы въ области внутрицерковнаго законодательства. Но это положеніе любопытнымъ образомъ приводитъ насъ и къ нѣкоторымъ оговоркамъ. Если бы соответствующая компетенція Государя и Св. Синода устанавливалась исключительно государственнымъ правомъ, то мы просто сказали бы, что при новомъ конституціонномъ строѣ извѣстная область государственнаго законодательства изъята изъ вѣдѣнія законодательныхъ органовъ и осуществляется въ особомъ порядкѣ. Поскольку же компетенція Св. Синода обосновывается и на церковномъ правѣ, поскольку, благодаря этой же двойственности, каждый законодательный актъ монарха по церковнымъ дѣламъ, при доре-

¹⁾ «Журналы и протоколы...» стр. 125.

форменномъ порядкѣ, былъ одновременно и государственнымъ и церковнымъ закономъ, положеніе будетъ нѣсколько инымъ. Всякая отмѣна или измѣненіе уже дѣйствующихъ нормъ церковнаго строя должна совершаться въ порядкѣ ст. 65 — для измѣненія ихъ церковно-правовой силы, и, эвентуально, въ порядкѣ ст. 7 — для измѣненія ихъ государственно-правового значенія, поскольку эти нормы одновременно являются и государственными законами. Такъ, изъ двойственности правопорядковъ вытекаетъ особый путь измѣненія дѣйствующаго права. Акты же внутрицерковнаго законодательства, регулирующие новыя, непредусмотрѣнныя отношенія, если этимъ актамъ не желаютъ придать государственно-правовую силу, устанавливаются исключительно въ порядкѣ ст. 65.

Теперь можно отвѣтить также и на вопросъ о церковномъ управленіи въ узкомъ смыслѣ. Согласно вышесказаннаго, акты этого управленія исходятъ отъ Монарха, какъ акты церковно-правовые и по праву церковному. Поэтому всѣ ограниченія, установленныя нашими Основными Законами для актовъ верховнаго управленія, отпадаютъ: рамки церковнаго управленія въ узкомъ смыслѣ опредѣляются исключительно церковнымъ правомъ. Говорить объ этихъ границахъ уже не входитъ въ задачу моей работы.

Этимъ заканчивается теоретическая часть работы. Мы узнали, какъ согласно *lex scripta*, распредѣляется у насъ компетенція въ области церковнаго законодательства и управленія. Теперь посмотримъ, какова въ этомъ смыслѣ наша недолговременная конституціонная практика. Такъ какъ насъ преимущественно интересуетъ компетенція народнаго представительства въ области церковнаго законодательства, то послѣдующее изложеніе можно распредѣлить по такимъ рубрикамъ: 1) область церковнаго законодательства — государственнаго о церкви и внутрицерковнаго; 2) компетенція народнаго представительства въ связи съ его бюджетными полномочіями, какъ по ассигнованію сверхсметныхъ кредитовъ, такъ и по вотированію годичнаго бюджета. Главнымъ матеріаломъ послужить дѣятельность 3-ей Г. Думы.

Наша конституціонная практика относительно вопроса о церковномъ законодательствѣ подвергалась учету въ специальной литературѣ, но нельзя сказать, чтобы выводы изъ нея дѣлались съ достаточной опредѣленностью. Такъ, Лазаревскій впадаетъ здѣсь въ извѣстное противорѣчіе, утверждая, съ одной стороны, что факты опровергаютъ мысль о недопустимости смѣшенія органовъ церковной и государственной властей¹⁾; съ другой же стороны, указывая

¹⁾ Ор. cit., стр. 373.

на «уже и теперь намѣчающееся раздѣленіе собственно церковнаго законодательства и государственнаго о церкви законодательства»¹⁾. Какіе же это факты? По обзору дѣятельности Г. Думы III созыва (т. I, стр. 171 сл.) всего внесено въ Думу оберъ-прокуроромъ Св. Синода 59 законопроектовъ, 4 изъ которыхъ обязаны своимъ происхожденіемъ думской инициативѣ. Изъ нихъ 40 удостоилось, послѣ прохожденія черезъ Г. Совѣтъ, Высочайшаго утвержденія. Изъ этихъ 40 законовъ 38 имѣютъ своимъ предметомъ бюджетныя ассигнованія и 2 говорятъ о государственныхъ правахъ различныхъ категорій лицъ, принадлежащихъ къ церкви. 2 законопроекта отклонены Г. Думой — оба объ ассигновкахъ; 2 отклонены Г. Совѣтомъ — одинъ о предоставленіи правъ, другой объ ассигновкахъ. 1 остался въ согласительной комиссіи — относительно ассигнованія. 9 законопроектовъ взято обратно къ порядку ст. 47 Учр. Г. Думы — въ ихъ числѣ законопроектъ «объ измѣненіи штатовъ духовныхъ консисторій и объ отпускѣ средствъ, потребныхъ на осуществленіе соответствующихъ мѣропріятій»²⁾; эти 9 законопроектовъ также относятся къ государственному о церкви законодательству. 5 законопроектовъ остались неразсмотрѣнными Г. Думою — всѣ такого же характера (въ томъ числѣ законопроектъ объ организаціи православнаго прихода — см. ниже).

Думской инициативѣ обязаны слѣдующіе законопроекты: 2 объ ассигнованіяхъ, 1 объ измѣненіи укрѣпленія за Православной Церковью недвижимаго имущества и законопроектъ объ организаціи православнаго прихода и объ измѣненіи въ порядкѣ содержанія православнаго духовенства.

По дѣламъ православной церкви были внесены 2 законопроекта и другими вѣдомствами. Участъ ихъ довольно любопытна. Одинъ, внесенный Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ — объ отмѣнѣ ограниченій политическихъ и гражданскихъ, связанныхъ съ лишеніемъ или добровольнымъ снятіемъ духовнаго сана — не удостоился Высочайшаго утвержденія. Другой — о подееудности и порядкѣ производства дѣлъ о расторженіи браковъ лицъ православнаго исповѣданія вслѣдствіе прелюбодѣянія или неспособности къ брачному сожитію — былъ внесенъ Министромъ Юстиціи въ 1 сессію 3-ей Г. Думы. Поступившій изъ соответствующей подкомиссіи въ комиссію по дѣламъ Православной Церкви, этотъ законопроектъ вызвалъ упомянутый выше докладъ предсѣдателя комиссіи В. Н. Львова. Резолютивная часть этого доклада содержала предложеніе: «1) признать законопроектъ министра юстиціи о порядкѣ расторженія браковъ въ части, касаю

¹⁾ Ibid., стр. 374.

²⁾ Обзоръ дѣятельности Г. Думы III созыва т. I, стр. 349.

щейся устава духовныхъ консисторій, не подлежащимъ разсмотрѣнію гражданскихъ установленій, въ частности Государственной Думы; 2) признать тотъ же законопроектъ внесеннымъ министромъ юстиціи въ нарушеніи ст. 65 Основныхъ Законовъ; 3) разсматривать этотъ законопроектъ только по предметамъ одного лишь гражданского законодательства»¹⁾).

Неизвѣстно, подѣ влияніемъ ли вышеприведеннаго доклада или нѣтъ, законопроектъ былъ взятъ обратно министромъ юстиціи въ порядкѣ ст. 47 Учр. Г. Думы.

Этой практикѣ вполне соотвѣтствуетъ намѣчающаяся и въ 4-ой Г. Думѣ. Рядъ внесенныхъ по думской инициативѣ законопроектовъ о реформѣ прихода носитъ характеръ и государственнаго о церкви законодательства, такъ какъ связанъ съ предоставленіемъ приходу правъ юридическаго лица.

Поэтому можно сказать, что по нашей практикѣ въ законодательныя учрежденія поступаютъ лишь акты государственнаго о церкви законодательства. Что въ иныхъ случаяхъ такое раздѣленіе представляетъ извѣстныя осложненія, несомнѣнно: такъ, законопроектъ Мин. Юстиціи о сокращеніи установленнаго срока для расторженія браковъ военнослужащихъ, пропавшихъ безъ вѣсти въ минувшую русско-японскую войну, получивъ силу закона, самъ по себѣ могъ лишь отмѣнить *ad hoc* дѣйствіе ст. 56 т. X ч. 1, изд. 1857 г.; для отмѣны дѣйствія ст. 231 Устава дух. консисторій необходимо было также прохожденіе черезъ Св. Синодъ.

Если, такимъ образомъ, государственное о церкви законодательство идетъ въ порядкѣ ст. 7 Осн. Зак., то обратно, по нашей практикѣ акты внутрицерковнаго законодательства проходятъ только черезъ Св. Синодъ. Наиболѣе извѣстный случай — это измѣненіе устава Духовныхъ академій Высочайше утвержденнымъ опредѣленіемъ Св. Синода отъ 17 апрѣля 1912 г. Но это случай далеко не единичный: передъ нами здѣсь устойчивая практика. Прежде всего, въ такомъ же порядкѣ были произведены до этого нѣкоторые измѣненія въ выше-помянутомъ уставѣ 26 августа 1911 г. (П. С. З. 1911 г., № 35802). Въ томъ же 1911 г. Высочайше утвержденнымъ опредѣленіемъ Св. Синода было произведено измѣненіе устава казанскихъ миссіонерскихъ курсовъ (П. С. З. 1911 г. № 37938). Въ этомъ же году по Высоч. утвержденному докладу оберъ-прокурора (очевидно, послѣ предварительнаго разсмотрѣнія Св. Синодомъ, хотя такая форма внутрицерковнаго законодательства не вполне корректна юридически) разрѣшено было принимать въ Московскую Духовную ака-

¹⁾ Обзоръ дѣятельности комиссій и отдѣловъ... 1 сессія, стр. 99—100.

демію лицъ бѣлаго духовенства, имѣющихъ женъ (П. С. З. 1911 г., № 35667), и, по такому же докладу, разрѣшено принимать въ 7 доп. классъ Минскаго женскаго училища духовнаго вѣдомства окончившихъ курсъ ученія въ женскихъ училищахъ духовнаго вѣдомства и епархіальныхъ женскихъ училищахъ другихъ епархій дѣвицъ свѣтскаго званія (П. С. З. 1911 г., № 34647). Также въ порядкѣ ст. 65 были установлены 1 апрѣля 1911 г. правила объ Епархіальныхъ Ревизіонныхъ комитетахъ (П. С. З. 1911 г. № 35004).

Думается, что этихъ нѣсколькихъ примѣровъ вполне достаточно для доказательства вышеприведеннаго тезиса. Съ нашей точки зрѣнія, эта практика не вполне корректна лишь въ томъ смыслѣ, что эти акты должны были пройти также черезъ законодательныя учрежденія, поскольку ими видоизмѣнялись нормы, имѣвшія не только церковно-правовую, но и государственно-правовую силу.

Если теперь отъ объективныхъ данныхъ правовой практики обратиться къ правосознанію, то и здѣсь мы найдемъ ясно выраженное воззрѣніе о раздѣльности этихъ двухъ порядковъ законодательства. Любопытный образчикъ такого пониманія содержится въ одномъ актѣ верховнаго управленія (*Verwaltungsverordnung*), который я позволю себѣ привести въ интересующихъ насъ частяхъ. Въ П. С. З 1906 г., за № 28426, читаемъ: «Октября 17. Высоч. Утвержденіе Положеніе Совѣта Министровъ — О составленіи проектовъ: а) правилъ объ организаціи православныхъ приходовъ, приходскихъ попечительствъ и братствъ...

Министръ Юстиціи, 29 января 1907 г., предложилъ Правительствующему Сенату, для распубликованія, что Высочайше утвержденнымъ въ 17 день октября 1906 г. положеніемъ Совѣта Министровъ, между прочимъ постановлено:... III) поручить: 1) Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода предложить Святѣйшему Синоду проектъ правилъ объ организаціи православныхъ приходовъ, а также приходскихъ попечительствъ и братствъ, и, поскольку правила эти будутъ касаться гражданскихъ (свѣтскихъ) отношеній, представить ихъ на законодательное разрѣшеніе...

Но, кромѣ того, эта точка зрѣнія высказывалась какъ представителями правительства, такъ и членами Г. Думы. На особый путь внутрицерковнаго законодательства указывалъ председатель Совѣта министровъ П. А. Столыпинъ въ маѣ 1909 г., при обсужденіи проекта закона о переходѣ изъ одного исповѣданія въ другое¹⁾. Затѣмъ, помимо вышеупомянутаго доклада В. Н. Львова, эти положенія, какъ само собою понятныя, приводятся Каменскимъ

¹⁾ Стенографическіе отчеты 3-ей Г. Думы, сессія 3-я, 1909 г., мая мѣсяца.

въ его докладѣ: «Вѣроисповѣдныя и церковныя вопросы въ Г. Думѣ третьяго созыва»; авторъ говоритъ о «требованіи основныхъ законовъ, лишающемъ Государственную Думу права законодательствовать въ области церковнаго управленія»¹⁾). Следовательно, подобное разграниченіе не только утверждается нашей практикой, но и проникаетъ въ правовую идеологию.

Переходя къ вопросу о компетенціи Г. Думы въ церковной области въ связи съ ея бюджетными полномочіями, мы встрѣчаемъ здѣсь уже а priori ожидаемую картину: бюджетныя полномочія необходимо влекутъ за собой разсмотрѣніе вопроса о цѣлесообразности ассигнованій и удовлетворительности нашего церковнаго строя вообще. Такъ, довольно многочисленные законопроекты объ отпускѣ сверхсметныхъ кредитовъ на нужды православной церкви приводятъ Г. Думу къ разсмотрѣнію въ той или иной мѣрѣ вопросовъ внутрицерковнаго устройства. Изъ множества примѣровъ приведу лишь нѣкоторые: 5 ноября 1908 г. поступилъ въ Г. Думу законопроектъ о ежегодномъ отпускѣ изъ казны съ 1909 г. по 500.000 руб. на увеличеніе содержанія городского и сельскаго духовенства. При разсмотрѣніи его, въ формулѣ перехода къ очереднымъ дѣламъ, по дѣламъ Православной Церкви о необходимости участія церковныхъ старостъ въ епархіальныхъ и благочинническихъ съѣздахъ, при разсмотрѣніи церковно-хозяйственныхъ вопросовъ²⁾... Также при обсужденіи законопроекта объ организаціи прихода, комиссіей естественнымъ образомъ приходилось затрагивать вопросы чисто внутрицерковнаго характера. При утвержденіи кредитовъ на устройство новыхъ приходовъ въ Сибири естественно ставился вопросъ о необходимости увеличенія числа церквей въ Сибири въ связи съ потребностями мѣстной жизни и т. д.

Равнымъ образомъ хорошо извѣстно, что въ формулѣ перехода къ очереднымъ дѣламъ при обсужденіи сметы Св. Синода ежегодно выставляется рядъ пожеланій о внутренней реорганизаціи православной церкви. Приводить всѣ эти формулы было бы излишне. Въ качествѣ примѣра воспользуюсь довольно характерной формулой, предложенной комиссіей при обсужденіи сметы на 1912 г. по вѣдомству Св. Синода. Формула эта гласитъ; «Принимая во вниманіе, что, несмотря на неоднократно выражавшесся Государственною Думою убѣжденіе въ необходимости безотлагательныхъ преобразованій въ области церковнаго управленія, несмотря на неоднократно увѣренія Оберъ-Прокуроровъ Святѣйшаго Синода о томъ,

¹⁾ Каменскій, *op. cit.*, стр. 26.

²⁾ Обзоръ дѣятельности Г. Думы III созыва, т. II, стр. 38.

что принимаются всѣ мѣры къ скорѣйшему осуществленію этихъ преобразованій, тѣмъ не менѣе до настоящаго времени какъ реформа прихода, такъ и реформа духовныхъ консисторій и остальные назрѣвшія церковныя преобразованія откладываются на неопредѣленное время, а между тѣмъ положеніе церковной жизни принимаетъ характеръ, угрожающій Церкви и государству тяжелыми внутренними осложненіями — Государственная Дума признаетъ настоятельно необходимымъ незамедлительный созывъ Всероссийскаго Церковнаго помѣстнаго Собора и переходитъ къ обсужденію отдѣльныхъ номеровъ проекта государственной росписи расходовъ по вѣдомству Святѣйшаго Синода».

2) Государственная Дума, выражая пожеланіе, чтобы ходатайства объ открытіи новыхъ приходовъ и о возстановленіи приписныхъ приходовъ въ самостоятельные (за исключеніемъ переселенческихъ), возбуждались епархіальнымъ начальствомъ на основаніи заключеній благочинническихъ съѣздовъ при участіи церковныхъ старостъ, а также представителей учреждений и лицъ, ходатайствующихъ объ открытіи или возстановленіи прихода, переходить и т. д.¹⁾.

Эта формула интересна тѣмъ, что въ ней высказаны пожеланія относительно преобразованій чисто внутрицерковнаго характера, гдѣ (какъ въ созывѣ Помѣстнаго Собора) некомпетентность Г. Думы не подлежитъ сомнѣнію, а также пожеланіе, какъ въ п. 2. характера довольно детальнаго.

Такой косвенный путь расширенія компетенціи Г. Думы на области, по праву изъятыхъ изъ ея вѣдѣнія, представляется въ правосознаніи многихъ членовъ народнаго представительства совершенно правомѣрнымъ. Интересныя данныя въ этомъ отношеніи находимъ мы Каменскаго. Авторъ приводитъ любопытныя свѣдѣнія о мнѣніи октябристской вѣдумской комиссіи по вопросамъ церковной жизни: «въ интересахъ скорѣйшаго осуществленія насущныхъ церковныхъ реформъ, ради устраненія волокиты въ дѣлѣ проведенія ихъ въ жизнь, октябристская комиссія предлагала практическій и радикальный способъ воздѣйствія на правительство: принимая во вниманіе, что по основнымъ законамъ Государственная Дума лишена права законодательной инициативы въ области церковнаго управленія, члены комиссіи рекомендовали «при разрѣшеніи вопроса объ ассигнованіи отъ казны средствъ на нужды православной церкви по смѣтѣ Св. Синода, поставить условіемъ утвердительнаго вотума ассигновокъ, чтобы церковь заботилась скорѣйшимъ опредѣле-

¹⁾ Обзоръ дѣятельности комиссій и отдѣловъ... сессія 5, стр. 95.

ніемъ своею юридической природы, т.-е. получила бы правильное каноническое устройство и управленіе»¹⁾).

На такой точкѣ зрѣнія стоялъ ранѣе и «Союзъ 17 октября»; у Каменскаго читаемъ дальше: «Подчиняясь требованію основныхъ законовъ, лишающихъ Государственную Думу правъ законодательствовать въ области церковнаго управленія, «Союзъ 17 октября» воспользовался оставшимся законнымъ путемъ и при разсмотрѣніи смѣты Св. Синода внесъ вышеприведенное заявленіе (относительно церковныхъ преобразованій)»²⁾). Какъ отнестись къ этому, строго говоря, неправомѣрному, но до извѣстной степени неизбежному расширенію компетенціи Г. Думы? Тутъ мы стоимъ передъ двумя противоположными фактами: психологической и политической неизбежностью при вотированіи кредитовъ разсматривать и внутреннее устройство церкви, ихъ испрашивающей, и тѣмъ юридически несомнѣннымъ положеніемъ, что всякое обусловливаніе соответствующихъ вотумовъ, давленіе посредствомъ угрозы частичнымъ отказамъ въ бюджетѣ заключаетъ въ себѣ явственное *detournement de rounvoir*. Думается, что наши законодательные органы, не будучи управомочены ни къ какимъ «обусловливаніямъ» въ области церковной, могутъ тѣмъ не менѣе оказывать своими пожеланіями извѣстное морально-политическое воздѣйствіе. Самъ фактъ указанія на тѣ или иныя аномаліи нашего церковнаго строя имѣетъ извѣстное морально-политическое значеніе, которое такъ склоненъ отрицать политическій радикализмъ. А, главное, нужно имѣть въ виду слѣдующее: возстановленіе *de lege ferenda* каноничности нашего церковнаго строя заключается прежде всего въ возстановленіи самостоятельнаго, отъ церкви, какъ таковой, исходящаго правосотворчества и въ полномъ, по возможности, обособленіи *temporalia* и *saecularia*. Съ этой точки зрѣнія, установленіе компетенціи законодательныхъ органовъ во внутрицерковной области, которое на первыхъ порахъ и можетъ привести къ нѣкоторымъ улучшеніямъ существующаго церковнаго строя, само по себѣ принципиально нежелательно и представить по существу такую же, только модифицированную, форму «Вавилонскаго плѣненія» церкви государствомъ, плѣненія, которое вызываетъ сейчасъ столько справедливыхъ и несправедливыхъ нареканій.

А. Гурвичъ.

¹⁾ Каменскій, *op. cit.* стр. 19.

²⁾ *op. cit.* стр. 26.

Споръ о юридической природѣ уголовного процесса.

Въ началѣ текущаго года въ Журналѣ Министерства Юстиціи напечатаны двѣ статьи — П. И. Люблинскаго и Н. Н. Розина — по вопросу о томъ, есть ли уголовный процессъ, какъ гласитъ германская доктрина, юридическое отношеніе между судомъ и сторонами? П. И. Люблинскій подвергаетъ критикѣ эту доктрину ¹⁾, Н. Н. Розинъ защищаетъ ее ²⁾. Обѣ статьи отличаются тѣмъ свойствомъ, которое нѣмцы выражаютъ эпитетомъ «*anregend*»: онѣ будятъ научную мысль, потому что сами заключаютъ въ себѣ много интересныхъ мыслей и замѣчаній. Да и самъ вопросъ представляетъ собою серьезный научный интересъ. Быть можетъ, правы тѣ, кто отрицаетъ за нимъ практическое значеніе (хотя и противъ этого можно спорить), но, какъ замѣчаетъ Дюги, достигшій извѣстной культуры человѣческій умъ не можетъ отказаться отъ постановки вопроса, удовлетворившись простымъ отрицаніемъ его практическаго значенія: нашей «рафинированной цивилизаціи» свойственна повелительная потребность производить догматическій синтезъ поддающихся наблюденію явленій ³⁾.

Конструкція процесса, какъ юридическаго отношенія между судомъ и сторонами, была впервые предложена и усвоена доктриною гражданского процесса. Авторство этой конструкціи обыкновенно приписывается Бюлову. Самъ Бюловъ отмѣчаетъ, что взглядъ на процессъ, какъ на юридическое отношеніе, былъ раньше его, хотя лишь очень коротко, высказанъ Бетманъ-Гольвегомъ въ сочи-

¹⁾ П. И. Люблинскій, Новая теорія уголовного процесса, въ «Журн. Мин. Юст.», 1916 г. № 1, а также отд. изд.

²⁾ Н. Н. Розинъ, Къ вопросу о «новой теоріи уголовного процесса», въ «Журн. Мин. Юст.», 1916 г., № 2.

³⁾ L. Duguit, *Etudes de droit public*, II, L'Etat, les gouvernants et les agents. Paris, 1903, p. 26.

пеніи «Civilprozess des gem. Rechts»¹⁾. Бюловъ, такимъ образомъ, лишь ввелъ конструкцію процесса, какъ юридическаго отношенія, въ научный оборотъ, намѣтивъ тѣ выводы, которые изъ этой конструкціи вытекаютъ для пониманія отдѣльныхъ элементовъ процесса.

П. И. Любинскій ошибается, будто впервые Колеръ въ работѣ, появившейся въ 1889 г., указалъ на примѣнимость къ уголовному процессу Бюловской точки зрѣнія. Уже въ 1885 г. Кризъ, подъ вліяніемъ доктрины Бюлова и въ pendant къ его работѣ, о «возраженіяхъ и предположеніяхъ въ процессѣ» (гражданскомъ), помѣщаетъ въ 5-мъ томѣ тогда еще молодого Листовскаго журнала «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft» свою статью «о процессуальныхъ предположеніяхъ въ имперскомъ уголовной процессѣ» (Die Prozessvoraussetzungen des Strafprozessrechts). Авторъ говоритъ объ уголовно-процессуальномъ законодательствѣ, о самомъ уголовномъ процессѣ и о наукѣ уголовного процесса слѣдующими цитатами, заимствованными изъ книги Бюлова (и относившимися, конечно, у Бюлова къ гражданскому процессу): уголовно-процессуальное законодательство «опредѣляетъ полномочія и обязанности, которыя возлагаются на стороны и судъ въ ихъ отношенія другъ къ другу»; «этимъ самымъ сказано, что процессъ есть отношеніе взаимнаго уполномоченія и обязыванія (Berechtigung und Verpflichtung), т.-е. правоотношеніе»; «если же, такимъ образомъ, процессъ есть правоотношеніе, то передъ наукой уголовного процесса стоятъ задачи, подобныя тѣмъ, которыя уже давно ставились и разрѣшались примѣнительно къ другимъ правоотношеніямъ»²⁾.

Съ тѣхъ поръ конструкція процесса по типу юридическаго отношенія стала, какъ вѣрно замѣчаетъ проф. Н. Н. Розинъ, общепринятой въ германской наукѣ уголовного процесса, а въ послѣднее время проникла и въ нашу науку, вызвавъ появленіе въ свѣтъ двухъ руководствъ (Н. Н. Розина и Г. С. Фельдштейна), не только принявшихъ конструкцію уголовного процесса по схемѣ юридическаго отношенія, но и использовавшихъ эту схему для построенія плана научной обработки всего матеріала, составляющаго содержаніе науки уголовного процесса.

¹⁾ Bülow Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen, 1868, S. 1, Note la.

²⁾ Повидимому, уже въ 1-мъ изданіи учебника уголовного процесса Биндинга, вышедшемъ въ 1881 г., были отголоски доктрины Бюлова; изъ-за прекращенія сношеній съ Германіей мы не могли провѣрить этого обстоятельства.

Эти руководства и дали поводъ П. И. Любинскому подвергнуть «ревізію» «новую теорію уголовного процесса». На рядѣ примѣровъ авторъ наглядно показываетъ, во-первыхъ, что въ процессѣ возникаетъ рядъ отношеній, которыя невозможно свести къ одному, хотя бы и развивающемуся, трехчленному юридическому отношенію, и, во-вторыхъ, что попытки изложенія уголовного процесса по схемѣ трехчленнаго (или трехсубъектнаго) юридическаго отношенія ¹⁾ приводятъ къ высшей степени искусственному распредѣленію матеріала.

Съ однимъ только аргументомъ, приводимымъ въ критической части брошюры П. И. Любинскаго, мы не согласны. Утверждая, что отношенія между судомъ и сторонами вообще не являются подлинными юридическими отношеніями, авторъ слѣдующимъ образомъ мотивируетъ это заключеніе: если бы между судомъ и сторонами существовали юридическія отношенія, то во всѣхъ случаяхъ невыполненія стороною требованія суда возникалъ бы правовой конфликтъ, который могъ бы быть разрѣшенъ лишь обращеніемъ въ какую-либо судебную инстанцію, чего, однако, на самомъ дѣлѣ не бываетъ; такъ, если, напр., обвиняемый не подчиняется требованію о явкѣ въ судъ, то судъ просто распоряжается о приводѣ его, а не обращается въ другое судебное учрежденіе для разрѣшенія конфликта между нимъ и стороною. Намъ не кажется этотъ доводъ убѣдительнымъ. Юридическое отношеніе предполагаетъ наличность права на одной сторонѣ и обязанности на другой, и ничего болѣе, но совершенно произвольно, думается намъ, авторъ въ понятіе юридическаго отношенія вводитъ еще требованіе, чтобы обязанная сторона могла быть вынуждена къ выполненію своей обязанности не иначе, какъ при посредствѣ судебной инстанціи. Такое требованіе можетъ вытекать лишь изъ представленія, что юридическими являются лишь права, находящіеся подъ защитой суда, а это представленіе, въ свою очередь, связано съ несомнѣнно слишкомъ узкимъ взглядомъ, согласно которому къ объективному праву относятся только тѣ нормы, которыя подлежатъ вѣдѣнію судебных инстанцій ²⁾.

Для того, чтобы показать, что между судомъ и сторонами нѣтъ подлинныхъ юридическихъ отношеній, П. И. Любинскому было достаточно указать (что онъ и дѣлаетъ на самомъ дѣлѣ), что «судъ,

¹⁾ Г. С. Фельдштейнъ говоритъ о процессѣ, какъ о двухсубъектномъ юридическомъ отношеніи, но это потому лишь, что обѣ стороны въ процессѣ имъ разсматриваются, какъ «двѣ грани» одного и того же субъекта. См. его лекціи по угол. судопр., 1916 г., стр. 199—204.

²⁾ Объ этомъ взглядѣ см. Б. Кистяковскій, Соціальныя науки и право, 1916 г., стр. 380—381.

какъ органъ государства, не является субъектомъ какихъ-либо самостоятельныхъ правъ и обязанностей по отношенію къ сторонамъ» (стр. 23). Этотъ аргументъ неубязимъ; его признаетъ пріемлемымъ и Н. Н. Розинъ и лишь замѣчаетъ, что «легче и проще говорить не о государствѣ, а о судѣ, какъ субъектѣ процессуальнаго отношенія, памятуя лишь при этомъ, что судъ представляетъ собою государство», но при этомъ Н. Н. Розинъ упускаетъ изъ виду, что если судъ является только органомъ государства, то, вѣдь, и обвинитель, хотя бы и частный, осуществляетъ свои полномочія отъ имени того же государства, является также органомъ государства ¹⁾. «Легче и проще» говорить о юридическомъ отношеніи между судомъ и обвиняемымъ вмѣсто того, чтобы говорить о юридическомъ отношеніи между государствомъ и обвиняемымъ, но на какомъ основаніи можно говорить о юридическомъ отношеніи между судомъ и обвинителемъ, когда это будетъ равнозначуще утвержденію, что существуетъ юридическое отношеніе между государствомъ и... государствомъ же?

Задача нашей статьи заключается не въ томъ, чтобы сопоставить всѣ вообще доводы, которые могутъ быть приведены за и противъ конструкціи уголовного процесса, какъ юридическаго отношенія, и даже не въ общіе аргументовъ, которыми пользуются П. И. Люблинскій и Н. Н. Розинъ въ своей полемикѣ, но только въ томъ, чтобы подчеркнуть ту рѣшительную зависимость, въ которой находится пріемлемость или непріемлемость спорной конструкціи отъ общихъ ученій объ органахъ государства и объ ихъ отношеніи къ государству и другъ къ другу. Эта зависимость не достаточно учитывается, на нашъ взглядъ, не только сторонниками конструкціи уголовного процесса, какъ трехчленнаго юридическаго отношенія, но и ея противниками, — въ частности П. И. Люблинскимъ.

Въ самомъ дѣлѣ, ученіе о процессѣ, какъ о трехчленномъ юридическомъ отношеніи, не можетъ быть непосредственно заимствовано наукою уголовного процесса изъ гражданско-процессуальной доктрины уже потому, что въ то время, какъ въ гражданскомъ процессѣ обѣ стороны противостоятъ государству, въ уголовномъ процессѣ одна изъ сторонъ представляетъ государство, въ качествѣ его органа. Юридическія отношенія образуются взаимностью правъ и обязанностей; слѣдовательно, для того, чтобы рѣшить, существуетъ ли юридическое отношеніе между судомъ и органомъ обвиненія, напр., прокуратурою, нужно отправляться отъ предвари-

¹⁾ И. Я. Фойницкій, Курсъ уголовного судопроизводства, т. II (Пт. 1915), стр. 2: «отдѣльные лица, его (обвиненіе) осуществляющія, суть только органы или представители государства».

тельного рѣшенія вопроса. могутъ ли органамъ государства принадлежать субъективныя права по отношенію другъ къ другу. Какъ извѣстно, господствующая въ наукѣ государственнаго права доктрина эту возможность отрицаетъ. «Органъ, — гласитъ эта доктрина, — не имѣетъ никакихъ собственныхъ правъ, а только государственную компетенцію»; «всѣ правовыя пререканія между органами суть только споры о компетенціи въ средѣ представителей одного и того же субъекта права»; «государство можетъ формально предоставить своимъ органамъ роль сторонъ въ процессѣ, но вслѣдствіе этого органы никогда еще не дѣлаются лицами, (т.-е. субъектами правъ)»¹⁾.

Эту доктрину раздѣляютъ, по общему правилу тѣ, кто видятъ въ государствѣ юридическое лицо, и кто, поэтому, права и обязанности, осуществляемые черезъ посредство государства, приписываютъ самому государству; но отрицать за органами государства значеніе субъектовъ права можно и не раздѣляя взгляда на государство, какъ на юридическое лицо, о чемъ свидѣтельствуетъ ученіе Duguit, которому «кажется безспорнымъ, что съ рациональной точки зрѣнія должностныя лица не имѣютъ ни субъективныхъ правъ, ни субъективныхъ обязанностей»²⁾.

Правда, взгляды, надѣляющіе органы государства субъективными правами и обязанностями, также имѣетъ своихъ сторонниковъ, но пока, по крайней мѣрѣ, очень немногочисленныхъ. Съ особю прямолинейностью онъ развивается въ русской литературѣ. Право авторства на него по справедливости принадлежитъ проф. Н. И. Лазаревскому, который обстоятельно развилъ его уже въ диссертациі «Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами» (1905) и затѣмъ ввелъ въ свое «Русское государственное право» (3 изд. 1913 г.).

По воззрѣнію Лазаревского, должностныя лица суть субъекты права, а «государство, какъ правительство, есть простая совокупность субъектовъ, но не субъектъ»³⁾. Отсюда слѣдуетъ, повидимому, заключить, что конструкція государства, какъ юридическаго лица отрицается проф. Лазаревскимъ. Однако, это предположеніе оправдывается лишь отчасти. Проф. Лазаревскій находитъ, что конструкція государства, какъ юридическаго лица, «не даетъ пониманія государства съ точки зрѣнія правовой природы его». «Юридически

¹⁾ G. Jellinek, Das Recht des modernen Staates, I B., Berlin, 1905, Aufl., SS. 546—547; русск. пер. В. М. Гессена и Л. В. Шалланда: Г. Еллинекъ, Право современнаго государства, С.-Пб., 1903 г., стр. 373.

²⁾ Duguit, L'Etat, les gouvernants et les agents, 1903 г., р. 491.

³⁾ Н. Лазаревскій, Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905 г., стр. 293.

государство надо конструировать такъ: государство есть сложная система юридическихъ отношеній, слагающихъ населеніе въ одно организованное цѣлое»; въ этихъ юридическихъ отношеніяхъ «субъектами являются жители даннаго государства или въ качествѣ обывателей, или въ качествѣ органовъ государства, иногда же субъектами являются тѣ юридическія лица, которыя создаются политической организаціей (государство, земство, города и т. д.)»; такимъ образомъ, «то, что государство есть система юридическихъ отношеній, не исключаетъ того, что государство въ то же время является и юридическимъ лицомъ»¹⁾.

Конструкція, въ которой государство одновременно является и субъектомъ и только системой государственныхъ отношеній, никоимъ образомъ не можетъ считаться достаточно ясною и имѣющей шансы на общее признаніе; если же присоединить къ этому, что, какъ показалъ бар. Нольде въ своемъ разборѣ диссертации Лазаревскаго, государство у него является одновременно и субъектомъ и не-субъектомъ по отношенію къ одному и тому же физическому лицу и по поводу одного и того же правоотношенія, то уже совсѣмъ неразрѣшимымъ представляется вопросъ, какимъ образомъ государство «можетъ быть одновременно и лицомъ и не лицомъ, и частью и цѣлымъ по отношенію къ одной изъ своихъ составныхъ частей»²⁾.

Къ воззрѣнію Н. И. Лазаревскаго примыкаетъ и А. И. Елистратовъ, но онъ послѣдовательнѣе: считая «перенесеніе въ публичное право понятія о юридическомъ лицѣ весьма рискованнымъ»³⁾, онъ не пользуется вовсе этимъ понятіемъ. Остановиваясь на утвержденіи Елинека: «Государство можетъ дѣйствовать не иначе, какъ черезъ органы; если мысленно отбросить органы, то исчезнетъ представленіе и о самомъ государствѣ», А. И. Елистратовъ замѣчаетъ: «Если, такимъ образомъ, государство все, безъ остатка, въ органахъ, то нельзя его, въ видахъ конструкціи субъективнаго публичнаго права, отвлечь, обособить и противопоставить органамъ. Государству не можетъ быть присвоено ничего, что не принадлежало бы государственнымъ органамъ. Слѣдовательно, если у государственныхъ органовъ нѣтъ субъективнаго права, то послѣднее не можетъ возникнуть и у самого государства»⁴⁾. Отсюда выводъ:

¹⁾ Н. Лазаревскій, Русское государственное право, 1913 г., стр. 59.

²⁾ Бар., А. Нольде, рец. на книгу Н. Лазаревскаго, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, въ «Жур. Мин. Юст.», 1905 г., № 9, стр. 396.

³⁾ А. И. Елистратовъ, Основныя начала административнаго права, 1914 г., стр. 98.

⁴⁾ Ibid. стр. 105; также А. И. Елистратовъ, Понятіе о публичномъ субъективномъ правѣ, М. 1913 г., стр. 11.

не государство, а органы государства являются носителями субъективных правъ.

Нетрудно видѣть, что А. И. Елистратовъ, приписываетъ Еллинеку то, чего послѣдній вовсе не говоритъ; въ приведенной цитатѣ вовсе не содержится утвержденія, что государство «все, безъ остатка, въ органахъ». Вѣрно, конечно, что если мыслить государство безъ органовъ, то, какъ пишетъ Еллинекъ, «остается не государство, какъ носитель своихъ органовъ, а юридическое ничто»¹⁾, но, вѣдь, это вовсе не значить, что государство состоитъ только изъ своихъ органовъ, это значить лишь, что наличность органовъ есть существенный, необходимый признакъ государства, безъ котораго оно перестаетъ быть государствомъ, превращается въ «юридическое ничто».

Для того, чтобы надѣлать органы государства субъективными правами, А. И. Елистратову пришлось вложить новый смыслъ въ самое понятіе субъективнаго права. Примкнувъ къ ученію нѣмецкихъ юристовъ Эдуарда Гельдера и Юлія Биндера) о субъективномъ правѣ и заимствовавъ у послѣдняго опредѣленіе субъективнаго права, какъ «Handelnkönnen», А. И. Елистратовъ «передвигаетъ концепцію субъективнаго публичнаго права изъ сферы правоспособности въ область дѣеспособности» и усматриваетъ сущность субъективнаго публичнаго права «въ возможности... дѣйствовать подъ эгидою правового порядка»²⁾.

Безъ этого, т.-е. если бы авторъ стоялъ на точкѣ зрѣнія господствующихъ представленій, согласно которымъ «правоохраненный интересъ» или исчерпываетъ собою всю сущность субъективнаго права, или во всякомъ случаѣ предполагается у носителя субъективнаго права, было бы непонятно, какимъ образомъ за органами государства въ силу обладанія ими служебными полномочіями, можетъ быть признаваемо значеніе субъекта правъ: вѣдь, совершенно очевидно, что тѣ интересы, ради которыхъ имъ предоставлены эти полномочія, суть интересы не ихъ, а государства.

Такимъ образомъ, что же оказалось? Видѣть субъекта правъ въ государствѣ, а не въ его органахъ, отличать «субъективныя права» государства отъ «компетенцій» его органовъ, это значить, по мнѣнію проф. Елистратова, смотрѣть сквозь «нѣмецкіе очки»; онъ говоритъ объ особомъ правѣ Н. И. Лазаревскаго на признательность русскихъ административистовъ за то, что тотъ «съ удлин-

¹⁾ G. Jellinek, op. cit., S. 546; рус. перев.: Еллинекъ, Право современнаго государства, стр. 372—373.

²⁾ «Основныя начала административнаго права», стр. 94, 95, и «Понятіе о публичномъ субъективномъ правѣ», стр. 15—16.

тельной «яркостью и остроуміемъ вскрылъ своеобразный характеръ глубокомысленныхъ построений у нѣмецкихъ писателей юридической и органической школы»¹⁾, но какъ только проф. Елистратовъ попытался противопоставить этимъ построениямъ «простую и трезвую истину», гласящую, что настоящіе субъекты публичныхъ правъ суть люди, призванные къ отправленіямъ публичныхъ функций, ему пришлось вновь вооружиться «нѣмецкими очками», чтобы сквозь нихъ пересмотрѣть природу субъективныхъ публичныхъ правъ. Уже если считать искусственнымъ, а потому непригоднымъ представленіе о государствѣ, какъ о субъектѣ правъ, то во всякомъ случаѣ не менѣе искусственна теорія Гельдера и Биндера, ибо, вопреки наглядной правовой дѣйствительности, она приводитъ къ заключенію, что не опекаемый, а опекунъ, не акціонерное общество, а его правленіе суть субъекты правъ (Шершеневичъ). Учитывая это возраженіе, проф. Елистратовъ, кажется, считаетъ возможнымъ усвоить опредѣленіе субъективнаго права, какъ *Handelnkönnen*, специально для догмы публичнаго права, но не ясно ли, что если мы будемъ считать субъективнымъ правомъ въ сферѣ частноправовыхъ отношеній одно, а въ сферѣ отношеній публичноправовыхъ другое, то утратится самая научная цѣнность этого понятія, его конструктивное значеніе? Конструировать, значить — сводить правовое явленіе къ общимъ правовымъ понятіямъ, но какая же цѣнность этой логической операціи, когда это общее понятіе само становится двусмысленнымъ?

Можно было бы войти въ болѣе обстоятельную оцѣнку теоріи Лазаревскаго-Елистратова²⁾, можно было бы привести аналогіи этой теоріи въ западно-европейской литературѣ³⁾, но для нашей цѣли достаточно показать, какое трудно доказуемое положеніе лежитъ въ основаніи конструкцій уголовного процесса, какъ трехчленнаго юридическаго отношенія, предполагающей наличность субъективныхъ правъ не только у обвиняемаго, но и у органовъ государства: у суда и обвинителя. Правда, у сторонниковъ этой конструкціи есть выходъ, который избавилъ бы ихъ отъ необходимости доказывать, что органы государства, въ качествѣ таковыхъ, могутъ быть субъектами правъ; это — признать, что публично-

¹⁾ Ibid. стр. 107.

²⁾ Обстоятельную оцѣнку ученія А. И. Елистратова о сущности субъективныхъ публичныхъ правъ даетъ Б. А. Кистяковскій, см. его «Соціальныя науки и право», М. 1916 г., стр. 538—542.

³⁾ Самъ Н. И. Лазаревскій указываетъ, что его доктрина ближе всего подходитъ къ воззрѣніямъ Генеля и Ленинга, которыя, однако, онъ считаетъ непріемлемыми. См. его «Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами» 1905 г., прим. на стр. 293—294 и «Русское государственное право», 1913 г., прим. 1 на стр. 60.

правовое отношеніе, въ отличіе отъ частно-правового, не включаетъ въ себя права въ субъективномъ смыслѣ и предполагаетъ наличность только трехъ элементовъ: субъектовъ, объекта и правовой обязанности; такого взгляда придерживался прсф. Шершеневичъ¹⁾, но, во-первыхъ, усвоеніе такого взгляда, рѣшительно расходящагося съ господствующимъ, требуетъ ближайшаго обоснованія, а, во-вторыхъ, процессуалисты, рассматривающіе уголовный процессъ, какъ юридическое отношеніе, далеки отъ указанного выхода: сущность уголовного процесса они видятъ именно въ томъ, что стороны (обѣ стороны) и судъ, являясь субъектами процессуально-правового отношенія, связаны между собой взаимными правами и обязанностями²⁾.

Въ предыдущемъ изложеніи мы не преслѣдовали иной цѣли, какъ только указать на тѣ представляющіяся со стороны общаго ученія о государствѣ затрудненія, съ которыми сталкивается конструкція уголовного процесса, какъ трехсубъектнаго юридическаго отношенія. Намъ эти затрудненія представляются непреодолимыми, и потому мы думаемъ, что въ полемикѣ Н. Н. Розина и П. И. Люблинскаго послѣдній ближе къ истинѣ.

Однако, и П. И. Люблинскій, какъ мы сказали, недостаточно учитываетъ зависимость той или иной конструкціи уголовного процесса отъ общихъ ученій о государствѣ и его органахъ. Это въ особенности сказалось въ той части его статьи, въ которой онъ отъ критики переходитъ къ изложенію собственнаго пониманія уголовного процесса.

Вотъ его выводъ: стороны и судъ — участники процессуальнаго отношенія, но «послѣднее происходитъ не между ними взаимно, а между ними и государствомъ, между собою же они являются соучастниками, осуществляющими совмѣстно извѣстную публичную функцію» (стр. 42).

Мы не согласны съ Н. Н. Розинимъ, когда онъ замѣчаетъ, что высказанная въ приведенныхъ словахъ мысль³⁾ представляетъ собою «описаніе судопроизводства, а не его опредѣленіе», ибо очень часто описать явленіе и значитъ опредѣлить его; напротивъ, мы совершенно согласны съ Н. Н. Розинимъ, когда онъ говоритъ о невозможности разсматривать дѣятельность въ процессѣ подсудимаго, какъ соучастіе въ публичной функціи, осуществляемой совмѣстно судомъ и сторонами: въ самомъ дѣлѣ, можно ли сказать, что под-

¹⁾ Г. Ф. Шершеневичъ, Общая теорія права, вып. III. М. 1912 г. стр. 571.

²⁾ Н. Н. Розинъ, Уголовное судопроизводство, Птрг. 1916, стр. 4.

³⁾ Н. Н. Розинъ цитируетъ другія слова П. И. Люблинскаго, но заключающія въ себѣ ту же мысль.

судимый, заведомо виновный, но отвергающий свою вину и представляющий суду доказательства своей невиновности, участвует совместно съ судомъ въ осуществленіи функций, цѣль которой П. И. Люблинскій видитъ въ «постановленіи правосуднаго рѣшенія»?

Однако, не эта сторона опредѣленія П. И. Люблинскаго насъ въ данномъ случаѣ интересуетъ. На нашъ взглядъ П. И. Люблинскій, раскрывъ, насколько ошибочно видѣть въ уголовномъ процессѣ юридическое отношеніе между сторонами и судомъ, который самъ является не болѣе, какъ органомъ государства, тотчасъ же (стр. 24) впадаетъ въ аналогичную ошибку, говоря о юридическомъ отношеніи между судомъ и государствомъ или между обвинителемъ (также органомъ государства) и опять-таки государствомъ¹⁾. Если господствующая доктрина отрицаетъ за органами государства значеніе субъектовъ правъ, то послѣдовательно и еще болѣе рѣшительно ею отрицается возможность юридическихъ отношеній между государствомъ и его органами²⁾.

Только придерживаясь такъ называемой теоріи мапдата, можно говорить о юридическомъ отношеніи между судомъ и государствомъ, только съ точки зрѣнія этой доктрины государство и судъ могутъ быть разсматриваемы, какъ самостоятельные по отношенію другъ къ другу субъекты правъ, изъ которыхъ одинъ принимаетъ на себя осуществленіе полномочія, возлагаемаго на него другимъ. Какъ извѣстно, классическимъ выраженіемъ этой доктрины является французская конституція 1791 г. Считая народъ единственнымъ носителемъ государственнаго суверенитета, конституція 1791 г. провозглашаетъ (tit. III, Pt., art. 5); «Судебная власть делегируется судьямъ, избираемымъ народомъ на срокъ».

Хотя французское законодательство и теперь въ общемъ осталось вѣрнымъ традиціонной концепціи представительства, все же французскіе юристы сомнѣваются, насколько возможно считать эту

¹⁾ Слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что, хотя П. И. Люблинскій и формулируетъ *in expressis verbis* положеніе о существованіи юридическаго отношенія между государствомъ и его органами — судомъ и обвинителемъ, онъ затѣмъ сопровождаетъ это положеніе такими оговорками, которыя, хотя и затемняютъ его точный смыслъ, но зато смягчаютъ заключающуюся въ немъ (на нашъ взглядъ) погрѣшность. Такъ высказавъ, что «юридическія отношенія существуютъ не между судомъ и сторонами, а между судомъ и государствомъ», П. И. Люблинскій затѣмъ оговариваетъ: «судъ, какъ органъ, не имѣетъ ни правъ, ни обязанностей». Это послѣднее положеніе болѣе вѣрно, чѣмъ первое, съ которымъ онъ непримиримо, ибо чтоже это за юридическое отношеніе, въ которомъ одинъ изъ субъектовъ не имѣетъ ни правъ ни обязанностей.

²⁾ См., напр., Э. О. Кокошкинъ, Русское государственное право, вып. II, 1908: «Между органомъ государства, какъ таковымъ, и государствомъ, какъ цѣлымъ, не можетъ быть юридическихъ отношеній. Органы государства... не могутъ имѣть ни правъ, ни обязанностей по отношенію къ государству, потому что они сами — государство въ его конкретномъ воплощеніи» (стр. 81).

концепцію сохранившей свою силу не только въ отношеніи къ парламенту и къ главѣ исполнительной власти, но и въ отношеніи къ суду въ его современной организаціи¹⁾. Что же касается теоріи государственнаго права, то въ ней доктрину представительства рѣшительно вытѣсняетъ то созданное Гирке и затѣмъ развитое Еллинекомъ ученіе, которое настаиваетъ на юридическомъ единствѣ государства и его органовъ. Вотъ тѣ лаконическія и вмѣстѣ съ тѣмъ чрезвычайно отчетливыя выраженія, въ которыхъ Еллинекъ формулируетъ это ученіе: «Не существуетъ... двухъ лицъ — личности государства и личности органа, которыя находились бы другъ къ другу въ какомъ бы то ни было правовомъ отношеніи; государство и органы образуютъ, напротивъ, единое цѣлое... Этимъ отношеніе органа отличается отъ всякаго рода представительства. Представленный и представитель суть и всегда остаются двумя лицами, союзъ и органъ — всегда составляютъ одно лицо»²⁾. Понятенъ успѣхъ этой точки зрѣнія: она свободна отъ того внутренняго противорѣчія, которое скрываетъ въ себѣ доктрина представительства: утверждая единство и нераздѣльность государства, какъ юридическаго лица, доктрина представительства въ то же время приводитъ къ настоящему дуализму въ государствѣ, такъ какъ по самому существу своему идея представительства предполагаетъ наличность двухъ правовыхъ субъектовъ: манданта и мандаторія³⁾. Поэтому, даже во французской литературѣ, германская доктрина о юридическомъ единствѣ государства и его органовъ находитъ все большее число сторонниковъ⁴⁾. И даже отрицающій эту доктрину Дюги характеризуетъ ее, какъ превосходную конструкцію, отличающуюся «юридически совершенною элегантною» и признаетъ ея безспорное преимущество передъ доктриною представительства⁵⁾. Возможность юридическаго отношенія между государствомъ и его органами исключается, какъ тѣми публицистами, которые видятъ

¹⁾ Duguit, *ibid.*, pp. 19, 24, 25.

²⁾ S. Ellinek. *ibid.*,

³⁾ Duguit, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁾ Duguit, *op. cit.*, p. 26, note 3; G. Jellinek, *op. cit.*, S. 563; рус. перев. стр. 383, прим. 4-е.

⁵⁾ Duguit, *op. cit.* pp. 50, 48. Слѣдуетъ замѣтить, что ученіе о юридическомъ единствѣ государства и органовъ, конечно, не исключаетъ понятія представительства изъ круга государственно-правовыхъ понятій; оно лишь подъ представительствомъ разумѣетъ не отношеніе органа къ цѣлому, (слѣдовательно, поскольку рѣчь идетъ объ органахъ государства, не отношеніе ихъ къ государству), а «отношеніе органа къ членамъ корпораціи, согласно которому органъ представляетъ волю этихъ членовъ въ предѣлахъ корпораціи». G. Jellinek., *op. cit.*; S. 552; рус. пер. стр. 376. Въ этомъ смыслѣ можно судей напр., называть «представителями главы одностороннихъ лицъ»; или, какъ то же самое образно выражается Блекстономъ «зеркаломъ, въ которомъ отражается образъ короля». Еллинекъ, *op. cit.* стр. 394.

субъекта правъ въ государствѣ, а не въ его органахъ, такъ (что, впрочемъ, само собою понятно) и тѣмъ, которые надѣляютъ субъективными правами органы государства, но отрицаютъ ихъ за самимъ государствомъ. «Между государствомъ и органами, пишетъ В. И. Лазаревскій, — не можетъ существовать отношенія мандата, довѣренности или полномочія, не только частно-правового, но и публично-правового, ибо тутъ нѣтъ двухъ субъектовъ права»¹⁾.

Такимъ образомъ, въ уголовномъ процессѣ, какъ мы полагаемъ, не только нѣтъ юридическаго отношенія между судомъ и сторонами, но и нѣтъ юридическаго отношенія между государствомъ съ одной стороны и судомъ или обвинителемъ — съ другой.

Но это не значитъ, что въ уголовномъ процессѣ нѣтъ вообще юридическихъ отношеній. Въ немъ можно прослѣдить не одно, а цѣлый рядъ отношеній²⁾; среди этихъ отношеній центральнымъ является сложное двустороннее развивающееся отношеніе между обвиняемымъ и государственной властью, представленной судомъ и обвинителемъ. Это отношеніе между обвиняемымъ и государственной властью занимаетъ такое мѣсто въ уголовномъ процессѣ, что ему и слѣдуетъ преимущественно усвоить наименованіе уголовно-процессуальнаго отношенія.

Въ такомъ случаѣ уголовно-процессуальное отношеніе существенно отличается отъ гражданско-процессуальнаго тѣмъ, что оно есть двухчленное (двухсубъектное), а не трехчленное отношеніе³⁾.

Однако, изъ того, что юридическій анализъ вскрываетъ въ уголовномъ процессѣ наличность юридическаго отношенія, не слѣдуетъ, конечно, что уголовный процессъ и есть именно юридическое отношеніе. Такой выводъ былъ бы такъ же пещеръ, какъ пещерно

¹⁾ Н. Лазаревскій, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, 1905 г., стр. 293.

²⁾ О томъ, что въ уголовномъ процессѣ наблюдается рядъ различныхъ юридическихъ отношеній, говоритъ и П. И. Люблинскій (стр. 11).

³⁾ Также Bierling, Strafrechtsverhältniss und Strafprozessverhältniss, въ «Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft», 1890, Bd. X, S. 309—310: «... es möglich ist die strafprozessualische Rechte und Pflichten wenigstens soweit sie einerseits dem Staate, anderseits dem Beschuldigten zukommen (подчеркнуто въ подл.), in ganz ähnlicher Weise wie ... die zivilprozessualischen als Inhalt eines zusammengesetzten Rechtsverhältnisses aufzufassen», и затѣмъ далѣе: «Im Strafprozess dagegen (т.-е. въ противоположность гражданскому процессу) steht dem Staate regelmässig nur ein andres schlechthin wesentliches Prozesssubjekt gegenüber in dem Beschuldigten... Der Grund liegt auf der Hand: Der Staat ist im Strafprozess Träger der Entscheidungsgewalt und Interessent zugleich». Однако, какъ въ нашей литературѣ П. И. Люблинскій, Бирлингъ допускаетъ наличность въ уголовномъ процессѣ юридическаго отношенія также между государствомъ и его органами, считая, что это отношеніе аналогично (хотя и не тождественно) отношенію довѣрителя (Auftraggeber) къ уполномоченному. Ibid. SS. 287—288.

было бы изъ того, что между землевладѣльцемъ и арендаторомъ есть юридическое отношеніе, заключить, что договоръ аренды есть юридическое отношеніе. Даже сторонники взгляда на уголовный процессъ, какъ на трехчленное юридическое отношеніе, не отрицаютъ того, что онъ есть прежде всего дѣятельность, т.-е. совокупность дѣйствій¹⁾; между тѣмъ (какъ совершенно вѣрно замѣчаетъ Бирлингъ) дѣйствія могутъ имѣть юридическое отношеніе своимъ «предположеніемъ» или своею задачею, но никогда сами не представляются — даже съ внутренней стороны — юридическимъ отношеніемъ²⁾. Юридическое отношеніе складывается изъ правъ и обязанностей; дѣятельность — изъ отдѣльныхъ актовъ, которые могутъ быть совершаемы въ силу права или по обязанности, но которые сами, конечно, не являются ни правами, ни обязанностями; поэтому, утверждать, что процессъ есть «совокупность дѣйствій» и въ то же время настаивать на томъ, что процессъ есть юридическое отношеніе, — значитъ, утверждать два противорѣчныхъ положенія или, по меньшей мѣрѣ, допускать большую терминологическую неточность³⁾.

Впрочемъ, даже и тогда, если бы мы согласились считать уголовный процессъ юридическимъ отношеніемъ, а какъ видно изъ всего предыдущаго, мы этотъ взглядъ рѣшительно отвергаемъ, мы все же сочли бы нецѣлесообразнымъ изложеніе уголовного процесса въ посвященныхъ ему учебникахъ и руководствахъ по схемѣ юридического отношенія. Съ точки зрѣнія педагогической излагаемый предметъ долженъ быть представленъ въ наиболѣе наглядномъ видѣ, а это достигается тогда, когда авторъ подводитъ читателя къ предмету съ наиболѣе наглядной стороны, если конечно, разсматриваемый съ этой стороны предметъ не предста-

¹⁾ Такъ, Н. Н. Розинъ замѣняетъ слово «процессъ» выраженіемъ «юрисдикціонная дѣятельность», напр. въ фразѣ: «вся юрисдикціонная дѣятельность приобретаетъ форму и характеръ юридического отношенія» (Уголовное судопроизводство, изд. 3-е, стр. 3). Въ первомъ же изд. своего учебника Н. Н. Розинъ даже прямо опредѣляетъ уголовный процессъ, какъ «совокупность дѣйствій», представляющуюся съ внутренней стороны юридическимъ отношеніемъ (стр. 12). Взглядъ на процессъ, какъ на рядъ дѣйствій суда и сторонъ, не считаетъ ошибочнымъ и Бюловъ. Онъ находитъ только, что взглядъ этотъ оставляетъ безъ вниманія другую сторону процесса — ту, которая составляетъ его сущность, и которая освѣщается только въ изображеніи процесса, какъ юридического отношенія. Bülow, Die Lehre von Prozess-einreden, 1868, SS. 3—4.

²⁾ Процессъ есть опредѣленное явленіе или «событіе»; между тѣмъ всякое событіе можетъ быть результатомъ отношенія (юридическихъ, естественныхъ или созданныхъ человѣкомъ), или порождать отношенія, но само не можетъ быть отношеніемъ. «Какъ гроза не есть естественное отношеніе, такъ процессъ не есть правовое отношеніе». См. Bierling, op. cit. S. 299.

³⁾ У Г. С. Фельдштейна уголовный процессъ «оперируется» съ опредѣленнымъ предметомъ (стр. 4), «раскрываетъ» опредѣленные факты (стр. 1). Какъ можетъ съ чѣмъ-либо оперировать или что-либо раскрывать юридическое отношеніе?

вляется въ обманчивомъ аспектъ. Самая наглядная сторона процесса, нашедшая себѣ выраженіе и въ самомъ наименованіи его, заключается въ производствѣ, въ развившейся дѣятельности суда и сторонъ. И это вовсе не обманчивый аспектъ процесса. Такимъ его не считаютъ и сторонники взгляда на процессъ, какъ на трехчленное юридическое отношеніе. Они лишь стремятся раскрыть самую «сущность» процесса, которую они усматриваютъ въ юридическомъ отношеніи.

Выисненію «сущности» процесса всего естественнѣе удѣлять мѣсто во введеніи къ изложенію процесса, какъ дѣятельности суда и сторонъ, но оно можетъ и завершить собою это изложеніе въ качествѣ *clef de voûte* всего возведеннаго процессуальнымъ зданіемъ науки¹).

Въ своей большой статьѣ о «новой теоріи уголовного процесса» П. И. Люблинскій затрагиваетъ попутно и вопросъ о томъ, совпадаетъ ли уголовно-процессуальное отношеніе между государствомъ и обвиняемымъ съ матеріально-правовымъ отношеніемъ между государствомъ и преступникомъ. Какъ и П. И. Люблинскій, мы не сомнѣваемся въ отрицательномъ отвѣтѣ на этотъ вопросъ. Необходимость такого отвѣта становится очевидной, какъ только мы представимъ себѣ случаи, когда преступленіе совершено, но уголовное преслѣдованіе, вступившее на ложный путь, направлено противъ невиннаго; въ этихъ случаяхъ очевидна наличность двухъ, не сходящихся другъ съ другомъ, стоящихъ другъ съ другомъ рядомъ отношеній: матеріально-правового (между государствомъ и виновнымъ преступникомъ) и процессуально-правового (между государствомъ и обвиняемымъ). Матеріально-правовое отношеніе вытекаетъ изъ факта преступленія, которое служитъ для него основаніемъ, заканчивается же или въ тотъ моментъ, когда приходитъ конецъ назначенному наказанію, или съ наступленіемъ давности или вслѣдствіе дарованія помилованія; напротивъ, основаніе процессуальному правоотношенію налагается процессуальнымъ дѣйствіемъ (спорно, какимъ именно), заканчивается же оно съ вступленіемъ въ законную силу²).

Нельзя, однако, не пожалѣть, что стоя на той же точкѣ зрѣнія, П. И. Люблинскій допустилъ существенныя неточности въ передачѣ мнѣнія Биндинга, которому онъ возражаетъ, и Бирлинга, на

¹) Е. В. Васьковскій даетъ конструкцію гражданского процесса, какъ юридическаго отношенія, только въ концѣ 1 тома своего обширнаго курса гражданского процесса (1913 г., стр. 682—686), точнѣе, послѣ изложенія судоустройства въ концѣ общей части ученія объ искомомъ производствѣ.

²) Graf Dohna, Das Strafverfahren, 1913, стр. 43.

авторитетъ котораго опирается. П. И. Люблинскій пишетъ¹⁾: «Иѣ-которые ученые, напримѣръ, Биндингъ, полагаютъ, что это (процессуальное) отношеніе государства къ обвиняемому есть лишь выраженіе государственнаго права на наказаніе. Оно есть то же самое отношеніе, которое лежитъ въ основѣ всего уголовнаго права: именно право государства на наказаніе (Strafprozessverhältniss ist Strafrechtsverhältnis; слѣдуетъ ссылака: «Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, а также Grundriss des d. Strafprozessrechts, 1900, § 1). — Между тѣмъ все, что говоритъ Биндингъ объ отношеніи уголовнаго процесса къ уголовному праву сводится во второмъ изъ указанныхъ мѣстъ къ утвержденію, что «каждое процессуальное отношеніе служитъ, по крайней мѣрѣ въ идеѣ, если не всегда въ дѣйствительности надѣленію въ подлежащемъ порядкѣ дѣйствительной силою, постановленію виѣ спора и осуществленію матеріальныхъ правъ», и что «уголовный процессъ есть неизбѣжная переходная стадія для осуществленія уголовнаго права». Въ своемъ «Handbuch des Strafrechts» Биндингъ не только нигдѣ не утверждаетъ, что право государства на наказаніе есть то самое право, которое входитъ въ составъ процессуальнаго отношенія, но, напротивъ, очень рѣшительно различаетъ основанія уголовно-матеріальнаго и уголовно-процессуальнаго отношенія; на стр. 193 своего Handbuch'a онъ пишетъ о правѣ на уголовный искъ, которымъ какъ бы завязывается уголовно-процессуальное отношеніе: «хотя право уголовного иска, какъ и весь уголовный процессъ, принципиально служитъ для осуществленія карательныхъ правъ (der Strafrechte), однако, оно не опирается на карательное право, какъ на свое предположеніе, и еще менѣе можетъ быть разсматриваемо, какъ практическая сторона этого права. Право уголовного иска направляетъ свое остріе не столько противъ виновнаго, сколько противъ подозрѣваемаго, слѣдовательно, можетъ быть, противъ невиновнаго. Предположеніе процесса есть утвержденіе виновности, и засвидѣтельствованіе этого утвержденія, а не дѣйствительная вина», между тѣмъ какъ «единственное твердое (eiserne) предположеніе карательнаго права (и, слѣдовательно, уголовно-правового отношенія)²⁾ есть преступленіе» (ibid., стр. 499). Биндингъ даже особо предостерегаетъ противъ смѣшенія карательнаго права съ какими-либо процессуальными правами, съ правомъ подлежащаго уго-

¹⁾ П. И. Люблинскій, Новая теорія уголовного процесса, стр. 40.

²⁾ Самый параграфъ, изъ котораго мы приводимъ цитату, помѣщенъ подъ заголовкомъ: «Die Gründe der Entstehung des Strafverhältnisses».

ловнаго суда на принятіе дѣла къ своему разсмотрѣнію или съ правомъ уголовнаго преслѣдованія (ibid. стр. 189, прим. 7).

Взгляду Биндинга, будто-бы сливающего уголовно-процессуальное отношеніе съ уголовно-правовымъ, П. И. Люблинскій противопоставляетъ мнѣніе Бирлинга, который, по его словамъ, считаетъ уголовно процессуальное отношеніе за совершенно самостоятельное отношеніе именно на томъ основаніи, что «право на наказаніе существуетъ у государства по отношенію къ преступнику, въ процессѣ же мы имѣемъ дѣло не съ преступникомъ, а съ обвиняемымъ». Между тѣмъ вотъ что въ дѣйствительности мы находимъ у Бирлинга. Поставивъ вопросъ: «слѣдуетъ ли вообще говорить, объ уголовно-процессуальномъ отношеніи наряду съ уголовно-правовымъ отношеніемъ, не принадлежать ли скорѣе уголовно-процессуальныя права и обязанности къ содержанію самаго уголовно-правоваго отношенія», Бирлингъ замѣчаетъ: «По существу (im Grunde), дѣлается только одно имѣющее значеніе возраженіе противъ утвердительнаго отвѣта на послѣдній вопросъ, а именно, что субъекты уголовно-правоваго отношенія, съ одной стороны, и уголовно-процессуальнаго, съ другой, по крайней мѣрѣ, отчасти различны». Другими словами, Бирлингъ лишь приводитъ, какъ существующее въ литературѣ, то возраженіе противъ формулы «Strafprozessverhältniss ist Strafrechtsverhältniss», которое П. И. Люблинскій приписываетъ ему самому. Напротивъ, самъ Бирлингъ уже на слѣдующей страницѣ излагаетъ доводы, по которымъ приведенное возраженіе, съ его точки зрѣнія, «не доказываетъ ровно ничего» (beweist ganz und gar nichts), такъ какъ, «въ противоположность господствующему въ настоящее время ученію», онъ, Бирлингъ, рѣшительно отрицаетъ, что уголовно-правовое отношеніе представляетъ собою исключительно отношеніе между государствомъ и преступникомъ. Напротивъ, «если ближе присмотрѣться, то нѣтъ никакихъ препятствій къ тому, чтобы рядомъ съ преступникомъ назвать также простаго обвиняемаго»; «съ точки же зрѣнія ограниченности всего человѣческаго знанія и человѣческихъ силъ» представляется даже прямо таки необходимымъ, чтобы правопорядокъ, который хочетъ надѣлать преступника ... правами и обязанностями по отношенію къ государству (а это именно, какъ полагаетъ Бирлингъ, и дѣлаетъ уголовное право), предоставилъ эти же права и обязанности также въ большей или меньшей мѣрѣ и тому, кто съ большей или меньшей вѣроятностью является преступникомъ»¹⁾.

¹⁾ См. «Zeitschrift für die ges. Strafrechtswis». 1890, B. 10, SS. 315—317; см. также не оставляющія сомнѣнія въ дѣйствительномъ взглядѣ Бирлинга стр. 279—280 и 214. П. И. Люблинскій, заявляя, что во взглядѣ о взаимномъ

Такимъ образомъ, Биндингъ и Бирлингъ утверждаютъ прямо противоположное тому, что каждому изъ нихъ приписываетъ П. И. Люблинскій въ своей отъ этого пострадавшей въ точности, но тѣмъ не менѣе безспорно съ большей вдумчивостью написанной (что отмѣчено и Н. Н. Розинымъ) брошюрѣ.

Н. Полянский.

отношеніи «Strafrechtsverhältniss» и «Strafprozessverhältniss», онъ примыкаетъ къ Бирлингу, пишетъ: «процессуальное отношеніе происходитъ не между государствомъ и преступникомъ, а между государствомъ и обвиняемымъ гражданиномъ» (стр. 41); самъ же Бирлингъ, какъ бы имѣя въ виду именно это соображеніе, спрашиваетъ: «развѣ называя лицо обязанное (очевидно, въ уголовно-процессуальномъ отношеніи. П. П.) обвиняемымъ, мы тѣмъ самымъ освобождаемъ настоящаго преступника отъ тѣхъ же обязанностей?» (стр. 280). Конечно, на этотъ реторическій вопросъ легко было бы отвѣтить: не освобождаемъ, но только постольку, поскольку преступникъ является вмѣстѣ съ тѣмъ и обвиняемымъ и слѣдовательно видимъ въ немъ члена уголовно-процессуальнаго отношенія не потому, что онъ преступникъ, а потому что онъ — обвиняемый. Въ противоположность П. И. Люблинскому, Бирлингъ утверждаетъ, что «субъекты уголовно-процессуальнаго отношенія суть также субъекты уголовно-правового отношенія» (стр. 314).

Суспензивное условіе и бремя доказыванія.

§ 1. Постановка проблемы въ литературѣ и законодательствахъ.

Проблема о распредѣленіи бремени доказыванія (*onus probandi*) между сторонами при ссылкѣ отвѣтчика на включеніе въ сдѣлку суспензивнаго условія (*confessio conditionalis*) и при утвержденіи истца о «чистотѣ сдѣлки» (*puritas negotii*) имѣетъ ту признанную заслугу въ исторіи научной юриспруденціи, что она дала толчокъ къ разработкѣ болѣе общей проблемы о квалифицированномъ признаніи (*confessio qualificata*), т.-е. вопроса о распредѣленіи *onus probandi* въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ, признавая въ общемъ нѣкоторыя утвержденія истца, ограничиваетъ ихъ силу тѣми или другими оговорками ¹⁾.

И въ новѣйшее время всѣ теоретики, писавшіе по этой болѣе общей проблемѣ, исходнымъ типическимъ отношеніемъ для своихъ построеній обычно берутъ, именно, случай «*confessio conditionalis*». Весь споръ сводится къ тому, — кто несетъ бремя доказыванія по квалифицирующей оговоркѣ: отвѣтчикъ ли, утверждающій эту оговорку, или — истецъ, отрицающій включеніе этого условія въ соглашеніе. А разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, — какъ мы будемъ обсуждать эту оговорку: какъ возраженіе (*exceptio, Einrede*) или отрицаніе (*negatio, indirecte Verneinung*) основанія иска. Въ первой конструкціи *onus probandi* падаетъ на отвѣтчика, во второй — на истца.

Въ зависимости отъ этого, и вся научная литература распалась на два научныя направленія: «теорію возраженія» (*Einredetheorie*) и «теорію отрицанія» (*Leugnungstheorie*).

¹⁾ Взаимное отношеніе этихъ проблемъ въ исторіи послѣ-гlossаторской литературы см. у Bayer, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozess*. (8-е изд.), München, 1856, § 228, стр. 734 сл.

Указанныя двѣ доктрины сложились еще въ первой половинѣ XIX вѣка¹⁾. Уже въ это время борьба двухъ противоположныхъ научныхъ мировоззрѣній дала такую исчерпывающую по богатству аргументовъ полемическую литературу, что можно смѣло сказать, что вся послѣдующая богатѣйшая монографическая литература XIX и XX вѣковъ не дала рѣшительно ни одного новаго довода, который не былъ бы въ свое время использованъ и подвергнутъ самой острой критикѣ еще старыми юристами.

Въ этомъ отношеніи обращаетъ на себя вниманіе и возбуждаетъ наше восторженное удивленіе передъ поражающей глубиной анализа и остроуміемъ методологическихъ приѣмовъ изслѣдованія полемика ученыхъ практиковъ: Dr. Robert Schneider²⁾ (представитель «теоріи отрицанія»), съ одной стороны, и Fr. Hänel³⁾, Siebenhaar⁴⁾ и Dr. Einert⁵⁾ (представители «теоріи возраженія») съ другой стороны.

Научный споръ о распредѣленіи бремени доказыванія при «*confessio conditionalis*» вызвалъ у перечисленныхъ писателей такіе

¹⁾ На сторонѣ Einredetheorie мы видимъ: Bethmann-Hollweg, Savigny, Puchta, Einert, F. Hänel, Siebenhaar, Wächter, Fitting. — На сторонѣ Leugnungstheorie: Gönner, Weber, Gesterding, Franke, Brackenhöft, Götting, Robert Schneider, Pöschmann, Wetzell, Bolgiano. На почвѣ «теоріи отрицанія» — и господствующая практическая юриспруденція «общаго права». См. «Seuf. Archiv», XIV, № 173, стр. 290. Здѣсь приведено рѣшеніе юридическаго факультета въ Greifswald, положенное въ основу рѣшенія кассационнаго суда Wolfenbüttel.

²⁾ См. его статьи въ «Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen». N. F. Bd. IX (1851), Heft I, стр. 1—64: «Ueber die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden». См. его же статью (отвѣтъ на критику Dr. Einert): «Noch einige Worte über die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden» («Zeit.» Bd. IX, 1851, Heft XX, стр. 399—435). См. его же полемику противъ работъ Fr. Hänel и Siebenhaar въ статьѣ: «Beleuchtung der neuesten Erörterung über die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden» [Zeitschr. Bd. X, 1852, Heft XIV, стр. 289—347; Heft XVII, стр. 397—480]. — Ниже эти работы будутъ цитироваться по томамъ (Bd. IX, X) указанного журнала.

³⁾ Fr. Hänel, Suspensivbedingung. «Zeitschrift für Civilrecht und Prozess». N. F. Bd. I (1845), стр. 387. — Его же: Ueber die Frage von der Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte vorschützt, das Geschäft sei unter einer Suspensivbedingung geschlossen worden. «Zeitsch. für Rechtspflege und Verwaltung», Bd. IX, 1851, Heft 19, стр. 385—435. Авторъ даетъ среднюю теорію: при двухстороннихъ договорахъ условіе долженъ доказывать ответчикъ, при одностороннихъ договорахъ истецъ долженъ доказывать *puritas negotii*.

⁴⁾ Siebenhaar, Noch ein Wort über die Beweislast bei behaupteter Suspensivbedingung. «Zeit. für Rechtspflege und Verwaltung», Bd. X (1852), Heft I, стр. 1—17.

⁵⁾ Dr. Einert, Ueber die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden, und der Kläger dieser Behauptung widerspricht. «Zeitschr. f. R. und V.», Bd. IX, Heft 8, стр. 193—248. — Немного позднѣе въ полемику приняли участіе: Kuntze, «Zeitschr. f. R. und V.», Bd. XI, стр. 208, и Schönemann, «Zeitsch. r. f. C. R. und Prozess.» N. F. Bd. XIX, стр. 1 сл., 243 сл.

страсти, что въ пылу полемического задора противники обвиняли другъ друга въ клеветѣ, распространеніи ложныхъ слуховъ, безнравственности и безчестности теоріи, «неестественной связи съ опороченными авторитетами» и пр. и пр. Эти выпады, впрочемъ, нисколько не умаляли общаго выдающагося научнаго интереса ихъ дѣловыхъ аргументовъ. Та же страстная борьба двухъ школъ длится и въ послѣдующей монографической литературѣ¹⁾.

Въ чемъ же лежитъ трудность проблемы? Во многихъ законодательствахъ мы видимъ попытки регулировать общій вопросъ о распредѣленіи бремени доказыванія между сторонами, — а также и специальный вопросъ о «квалифицированномъ признаніи». Но научной доктринѣ трудно изъ противорѣчивыхъ положеній закона установить связь между этими общими правилами объ «opus probandi» и специальными нормами о квалифицированномъ признаніи. Изъ однихъ и тѣхъ же общихъ правилъ различными законодателями и отечественной юриспруденціей дѣлаются различные выводы.

Такъ, напримѣръ, Entwurf I z. B. I. B. § 193 [въ B. I. B., §§ 193—198 Проекта выкинуты] гласить:

«Кто заявляетъ притязаніе, тотъ долженъ доказать необходимыя для обоснованія его факты. Кто заявляетъ о погашеніи притязанія или препятствій къ его дѣйствительности, тотъ долженъ доказать факты, которые необходимы для обоснованія этихъ заявленій».

Ср. § 269 венгерскаго Уст. Гражд. Суд.: «Бремя доказыванія падаетъ на ту сторону, въ чьихъ интересахъ лежитъ, что бы утверждаемое обстоятельство было судомъ признано правдивымъ. Посему, тѣ факты, которые служатъ къ обоснованію какого-либо права, должны быть доказаны той стороною, которая желаетъ осуществить это право. И обратно: тѣ факты, которые исключаютъ созданіе осуществляемаго права или погашаютъ это право, должны быть доказаны той стороною, которая оспариваетъ существованіе этого права».

¹⁾ См. въ особенности специальные изслѣдованія: Bayer, Vorträge (1856), § 228; Dr. K. M. Pöschmann, Ueber die Natur des sog. qualificirten Geständnisses im Zivilprozesse und dessen Einfluss auf die Beweislast. Leipzig. 1863, § 8, стр. 15 сл.; Dr. C. Bolgiano, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen deutschen Civilprozesses. München. 1869, §§ 1—4. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg. 1888. §§ 18—25, 38—48; Bufnoir, Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain. Paris 1866; Wendt. Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft nach römischem und heutigem Recht. Erlangen. 1872, § 3, стр. 49 сл.; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen. Berlin. 1877, §§ 13—17; Martinius, Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Verträge. Berlin. 1902, стр. 70 сл.; Meyerhofer, Zur Lehre von der Beweislast, insbesondere bei bedingten und befristeten Verträgen, «Zeitschrift für schweiz. Recht.» 1903, № 44, стр. 313 сл.

Ср. § 8 швейцарскаго ZGB (1907 г.): «Гдѣ законъ не опредѣляетъ иначе, тотъ долженъ доказывать наличность утверждаемаго факта, кто изъ него выводитъ права».

Казалось бы, что изъ этихъ общихъ положеній не можетъ быть двухъ разныхъ выводовъ по интересующему насъ вопросу. Однако, это не такъ.

Венгерскій Уст. Гражд. Суд. (абз. 2 § 269) самъ явно становится на точку зрѣнія «теоріи возраженія». То же — въ швейцарскомъ ZGB¹⁾.

А Entwurf I BGB, § 196 открыто выдвигаетъ «теорію отрицанія»²⁾. Эта «теорія отрицанія» находитъ себѣ поддержку и въ абз. 3 Art. 1356 Code Civil (= § 1360 итал. Codice Civile): «Судебное признаніе не можетъ быть раздробляемо во вредъ лицу, учинившему признаніе».

И всѣ эти контroversы швеллируются еще иной общей нормой. Законодатель, чувствуя свое безспіе, самъ отказывается отъ своихъ полномочій, предоставляя разрѣшеніе вопроса о квалифицированномъ признаніи свободному усмотрѣнію судьи, руководимому тщательной оцѣнкой всѣхъ обстоятельствъ дѣла [§ 266, абз. 2 австр. CPO = § 289 герм. DCPO = § 264, абз. 2 венгер. CPO]!

Такимъ образомъ, у научной доктрины выдвигается послѣдній оплотъ для какого-либо построенія.

§ 2. Отрицаніе (negatio) и возраженіе (exceptio). Основныя предпосылки «теоріи отрицанія» и «теоріи возраженія».

Представители всѣхъ научныхъ направленій согласны съ такимъ общимъ положеніемъ:

— «Ограниченныя признанія имѣютъ силу неограниченныхъ, касательно тѣхъ частей доказуемыхъ фактовъ, которые признавшимися

¹⁾ Теоретическое оправданіе этому см. H. Kuhn, Die Beweislast insbesondere im schweizerischen Zivilgesetzbuch. Gmüers Abhandlungen z. schweiz. Recht. 47 Heft. (1912), стр. 75.

²⁾ § 196 Entwurf: «Кто притязаетъ на права изъ юридической сдѣлки, долженъ доказать, что она состоялась на утверждаемыхъ имъ условіяхъ, если даже противникъ признаетъ заключеніе сдѣлки, однако утверждаетъ, что сдѣлка заключена на иныхъ условіяхъ, въ частности подъ суспензивнымъ или резолютивнымъ условіемъ или подъ суспензивнымъ или резолютивнымъ срокомъ». Ср. «Dresdener Entwurf eines deutschen Obligationenrechts», Art. 136: «Если тотъ, противъ котораго поднимается притязаніе изъ договора, отрицаетъ заключеніе утверждаемаго договора съ оговоркой, что онъ заключенъ иначе, напр., подъ суспензивнымъ условіемъ или срокомъ или подъ резолютивнымъ условіемъ или срокомъ, то истецъ, выводившій изъ договора права, долженъ доказать, что договоръ заключенъ такъ, какъ онъ утверждаетъ. Наступленіе или отпаденіе условія долженъ доказывать тотъ, кто выводитъ отсюда права».

дѣйствительно сознаны. А прибавленныя ограниченія суть предметъ самостоятельнаго доказательства, — и поскольку они содержатъ возраженія противъ права противника an sich установленнаго признаніемъ, бремя доказыванія лежитъ на сознавшемся, — а поскольку по существу въ немъ содержится отрицаніе всего утвержденія противника или части его, это бремя лежитъ на семъ послѣднемъ» [Württembergische CPO, Art. 399].

Но этимъ положеніемъ проблема не разрѣшена, а лишь поднята. Намъ, именно, важно провести строгое разграниченіе понятій: возраженія и отрицанія, а въ этомъ — все затрудненіе! Не даромъ, еще въ 40—50-хъ годахъ прошлаго столѣтія [при знаменитой полемикѣ R. Schneider съ Einert и др.] научная доктрина усиленно разрабатывала, именно, эти общія научныя предпосылки общей теоріи доказательствъ¹⁾!

Съ этихъ поръ создано много теорій, каждая изъ нихъ вноситъ свою цѣнную лепту въ общую сокровищницу теоріи доказательнаго права и способствуетъ разъясненію интересующей насъ проблемы.

1. Представители «теоріи нормъ»²⁾ учатъ, что защита отвѣтчика можетъ заключаться въ томъ, что онъ пытается парализовать правовой эффектъ рождающей притязаніе нормы путемъ представленія нормы устраняющей право или препятствующей возникновенію притязанія истца. Здѣсь отвѣтчикъ дѣйствуетъ не путемъ отрицанія исковыхъ фактовъ, а путемъ утвержденія совмѣстныхъ съ ними новыхъ самостоятельныхъ фактовъ (напр. заемъ задавненъ, долгъ уплаченъ), нормируемыхъ особой правовой нормой³⁾.

¹⁾ Dr. jur. T. v. Helmont, Beitrag zur Lehre des Unterschiedes zwischen Klagableugnen und Einreden. Giessen. 1849 (стр. 49—52, авторъ высказывается за «теорію возраженія»); Его же, Verhältniss der Exceptionen zur Beweislast, 1852, стр. 179 сл. B. Gerber. Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast, Jena 1858; Maxen, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen, Göttingen. 1861; Reinhold, Die Lehre vom Klaggrunde, den Einreden und Beweislast, Berlin 1888. Послѣдніе авторы — представители «теоріи отрицанія». Опираясь на *l. 2 D. 22.3*: «Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat»; господствующая теорія выставляла такое положеніе: тотъ несетъ *onus probandi*, кто, для обоснованія процессуальнаго акта нападенія (атаки) или контръ-атаки, выставляетъ самостоятельное (утвердительное или отрицательное) утвержденіе, — а не тотъ, кто отрицаетъ это утвержденіе.

²⁾ Эта теорія учитъ, что каждая сторона несетъ *onus probandi* по фактическимъ предпосылкамъ той правовой нормы, на которой основывается ея требованіе (искъ или возраженіе).

³⁾ B. Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozess. Ein Handbuch für die Praxis. Berlin. 1910, стр. 65—68: «Возраженіе» вводитъ извѣстный элементъ совмѣстный съ основаніемъ иска, отрицаніе (Gegenbeweis) — несовмѣстный съ основаніемъ иска. «Возраженіе» утверждаетъ такой фактъ, который служитъ цѣли представить умѣстность примѣненія извѣстной «противонормы» и ея правового дѣйствія (напр. долгъ уплаченъ); а отрицаніе (Gegenbeweis) — имѣетъ въ виду лишь отрицательную защищающую силу проти-

Opus probandi (ущербъ невыясненности) несетъ здѣсь отвѣтчикъ, ибо здѣсь мы имѣемъ возраженіе¹⁾

Но если отвѣтчикъ вводитъ извѣстный элементъ, несомнѣ-
стимый съ основаніемъ иска (быть можетъ, даже и не опираю-
щійся на какую-либо норму: напр., возраженіе — «истецъ въ ре-
зультатъ переговоровъ о прокатѣ лошади, увелъ ее обратно домой»),
онъ не несетъ бремени доказыванія. Отвѣтчикъ здѣсь оспариваетъ
и выставляетъ невѣрность фактовъ, входящихъ въ составъ осно-
ванія иска, и потому бремя доказыванія, какъ лежало, такъ и
продолжаетъ лежать на истцѣ. Здѣсь мы имѣемъ не возраженіе,
а отрицаніе (*negatio*).

Цельзя отрицать ясности такого построенія, но оно рушится
подъ ударами критики, направленной противъ самой теоріи нормъ
(см. ниже, § 4 II).

2. Старые юристы: Bethmann-Hollweg, Maxen, Puchta, Arndts,
Unger, Savigny — учатъ, что возраженія не касаются правди-
вости обосновывающихъ притязаніе фактовъ (предпосылокъ) и не-
посредственно атакуютъ конечный выводъ, путемъ выставленія
самостоятельныхъ правовыхъ притязаній. А отрицанія лишь
косвенно атакуютъ притязанія: путемъ опроверженія правдивости
предпосылокъ иска.

Эта формула: «возраженіе, такъ же какъ и искъ, есть средство
осуществленія правового притязанія» подробно обоснована
у Savigny, [System, V, стр. 160 сл.]. Изъ позднѣйшихъ юристовъ
она принята v. Canstein'мъ²⁾.

Однако, эта теорія не даетъ надежной опоры для интересующей
насъ проблемы. Это видно хотя бы изъ того, что Savigny, V, 169, по-
читаетъ ссылку на суспензивное условіе возраженіемъ, а v. Can-
stein, ук. с. 318 — отрицаніемъ: «ибо здѣсь отрицается правди-
вость правопроизводящихъ фактовъ, утверждаемыхъ истцомъ».

3. Старый юристъ Dr. K. Röschmann (ук. с. 27) и новѣйшій
ислѣдователь Leonhard³⁾ (впрочемъ, безъ ссылки на Röschmann)

ворѣчія, присущаго данной противонормѣ (ея несомнѣстимость съ исковымъ
фактомъ). [Напр.: «деньги я получилъ не взаймы, а въ даръ»].

¹⁾ В. Betzinger, ук. с. 66; Dr. H. Kuhn, ук. с. 77: «Бремя доказыванія
всегда существуетъ лишь для самостоятельно используемыхъ въ про-
цессѣ фактовъ, — никогда для простыхъ оспариваній».

²⁾ v. Canstein, *Anerkennung und Geständniss*. «Zeitsch. f. d. Civilprozess»,
Bd. I (1879), стр. 315 сл. Нѣтъ разницы между *exceptio compensationis* и
exceptio недействительности договора, вслѣдствіе порока воли. То и другое
суть «*Rechtsansprüche*», направленные на признаніе отсутствія правомочія
у противника и обоснованныя соответствующими правопроизводящими
фактами.

³⁾ Fr. Leonhard, *Die Beweislast*. Berlin. 1904, стр. 102 сл. Авторъ вообще
отрицаетъ всякую теорію распредѣленія бремени доказыванія. Всѣ эти
теоріи покоятся на колеблющейся почвѣ: на понятіи условной доказанности

учать, что истецъ долженъ доказать всѣ предположенія возникновенія эффекта юридической сдѣлки. Недостаточно, если истецъ докажетъ, что заключена какая-то *an sich* дѣйствительная сдѣлка. Ибо его задача не исчерпывается тѣмъ, чтобы доказать вообще любую сдѣлку, — онъ долженъ доказать ту, изъ которой онъ ищетъ.

«Всякое прошеніе истца о разслѣдованіи спорнаго матеріала содержитъ молчаливое утвержденіе, что представленный матеріалъ полонъ. И *onus probandi*, касательно полноты матеріала лежитъ на истцѣ, и отъ него онъ не можетъ уклониться и тогда, когда отвѣтчикъ указываетъ на упущеніе истцомъ существенныхъ моментовъ. Квалифицированное признаніе есть, съ этой процессуальной точки зрѣнія, отрицаніе полноты показаній истца» (Pöschmann, 27).

Съ этой точки зрѣнія, возраженіе мы имѣемъ тогда, когда отвѣтчикъ, для обезпеченія нападенія противника, ссылается на переговоры (напр. о новация и пр.) или факты (напр. уплата долга), которые лежатъ внѣ тѣхъ переговоровъ, коимъ обязано своимъ возникновеніемъ исковое право, если эти новыя указанія правово способны уничтожить правовой эффектъ спорной юридической сдѣлки и соответствующее исковое право. А отрицаніе мы имѣемъ, если отвѣтчикъ утверждаетъ невѣрность или неполноту изложенія истца, касательно переговоровъ въ существенныхъ ихъ пунктахъ, вплоть до момента завершенія сдѣлки [Pöschmann, 17; Leonhard, стр. 79, 102, 277].

Такое прямолинейное разрѣшеніе вопроса не оправдывается на практикѣ. Съ одной стороны, существенные моменты, устраняющіе въ самой основѣ исковое право, могутъ ссоставить возраженіе. Напр., «я владѣю (вицидируемой недвижимостью), по — по договору аренды». И, обратно, факты могутъ лежать внѣ спорнаго правоотношенія, но все же быть отрицаніемъ искового притязанія. Напр., «я былъ долженъ, но уплатилъ».

Ошибка изложенной теоріи заключается въ томъ, что, согласно ей истецъ долженъ доказывать не только всѣ положительныя и отрицательныя предпосылки возникновенія, но и настоящаго существованія притязанія. Всякое возраженіе отвѣтника, съ этой точки зрѣнія, есть отрицаніе. И въ этомъ отношеніи правъ Brodmann, [Beweislast, Archiv f. c. Praxis, Bd. 98, стр. 163] въ его упрекъ Леонарду: «Er treibt die Leugnungstheorie auf die Spitze».

(vorläufige Schlüssigkeit). Но «къ условіямъ дѣйствительной доказанности иска принадлежатъ всѣ факты, которые необходимы для обоснованія притязанія». «Für das Urteil stehen alle Merkmale des Tatbestandes einander gleich».

4. Старые юристы 50-х годовъ очень любили оперировать понятіемъ «перфекціи» сдѣлки. Такъ, R. Schneider (ук. с. Bd. X, стр. 343), Siebenhaar (ук. с. Bd. X, стр. 17), Bayer (Vorträge, 737) учатъ, что истецъ не обязанъ доказывать большаго, чѣмъ тѣ фактическіе моменты, которые по закону необходимы для перфекціи утверждаемой имъ сдѣлки и поднятаго имъ иска. Разъ отвѣтчикъ призналъ существованіе искового договора, какъ выше познаваемого факта, а то, что послѣдовало бы «an und für sich» изъ этого факта отрицаетъ на основаніи особаго уговора, — въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ признаніе основанія иска + возраженіе ¹⁾. Но когда отвѣтчикъ отрицаетъ то или другое законное предположеніе перфекціи договора, онъ оспариваетъ тѣмъ самымъ существованіе договора ²⁾.

Эта популярная теорія насъ удовлетворить не можетъ, ибо она замыкается въ самомъ безнадежномъ «*petitio principii*». Что есть «законное» и что есть «договорное» предположеніе перфекціи договора? И почему ссылка на суспензивное условіе есть отрицаніе законнаго предположенія перфекціи договора? Съ одинаковымъ успѣхомъ можно считать это и договорнымъ предположеніемъ!

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ выводу, что ни одной изъ представленныхъ теорій не удалось дать точнаго критерія, для разграниченія понятій отрицанія (*negatio*) и возраженія (*exceptio*). Между тѣмъ, исходя изъ этихъ понятій, научная доктрина дала два крупныя научныя направленія: «теорію отрицанія» и «теорію возраженія». Прежде чѣмъ приступить къ изслѣдованію спеціальнаго вопроса о распредѣленіи бремени доказыванія при ссылкѣ отвѣтчика на включеніе въ сдѣлку суспензивнаго условія съ точки зрѣнія той и другой теоріи (§§ 3, 4), намъ необходимо изложить общія основныя предпосылки «теоріи отрицанія» и «теоріи возраженія».

I. «Теорія отрицанія» (*Leugnungstheorie*) исходнымъ пунктомъ своихъ несложныхъ построеній кладетъ общій принципъ: истецъ

¹⁾ Напр., отвѣтчикъ заявляетъ: да, договоръ купли-продажи лошади состоялся, но, кромѣ того, мы условились, что онъ не долженъ быть осуществленъ прежде, чѣмъ онъ не будетъ подписанъ. Этимъ имъ признаются всѣ факты, которые по закону принадлежатъ къ перфекціи договора продажи. То, что по произволу сторонъ, прибавляется къ законнымъ условіямъ перфекціи, есть самостоятельныя факты, на основаніи коихъ отвѣтчикъ хочетъ освободиться отъ обязательства, т.-е. это есть возраженіе.

²⁾ Напр., отвѣтчикъ утверждаетъ, что заключеніе договора поставлено въ зависимость отъ суспензивнаго условія: здѣсь онъ оспариваетъ (ссылкой на особое соглашеніе) не юридическія послѣдствія, связанныя съ самимъ уществованіемъ договора, какъ «внѣшне познаваемого факта», а именно онъ отрицаетъ само существованіе договора.

долженъ доказать всѣ предположенія иска, включая сюда и молчаливо утверждаемыя. Всякое показаніе отвѣтчика, несомѣстимое съ показаніемъ истца, есть отрицаніе иска. Всѣ иныя теоріи (напр. теорія нормъ), занимающіяся распределеніемъ бремени доказыванія между сторонами, оперируютъ измышленными понятіями (Scheinbegriffen). Изъ условно годной части состава фактовъ нельзя еще заключать о правовомъ дѣйствіи нормы. Если, напримѣръ (на споръ отвѣтчика), истецъ не утверждалъ и не доказалъ безусловность сдѣлки, — можетъ считаться установленнымъ лишь то, что заключена какая-то сдѣлка, но не та изъ которой ищется. Вѣдь, важно не то, какое содержаніе имѣетъ сдѣлка вообще, важна сдѣлка въ ея конкретномъ содержаніи. «Иски должны быть обоснованы не абстрактными вѣроятіями, а — конкретными истинами» [Stölzel, Schulung, VIII].

Съ этой точки зрѣнія, оправдывается недѣлимость, какъ юридической сдѣлки, изъ коей ищется, такъ и признанія отвѣтчика. Если дѣло идетъ объ юридическихъ фактахъ (т.-е. фактахъ, въ связи съ ихъ юридической природой)¹⁾, намъ важно не только открытіе естественнаго смысла слова, но и обсужденіе его по правовымъ нормамъ (т.-е. открытіе юридически-техническаго смысла слова). Если здѣсь отдѣлить существенную часть этого «факта», измѣнится необходимо и правовое свойство его, и то что останется является, съ юридической точки зрѣнія, или ничто или нѣчто иное (aliud). Такъ, напр., отвѣтчикъ заявляетъ: «я, правда, обѣщалъ, но — подъ условіемъ». Съ точки зрѣнія юридически-техническаго смысла, здѣсь обѣщаніе не признается, а отрицается²⁾

Такое построеніе встрѣтило возраженіе (Siebenhaar, ук. с. 21), что «теорія отрицанія ставитъ объемъ обязанности утвержденія и доказыванія на сторонѣ истца въ зависимость отъ произвола отвѣтчика». R. Schneider (ук. с. Bd. X, 346) парируетъ это возраженіе указаніемъ на то, что «подобный упрекъ можно сдѣлать всякой теоріи о распределеніи доказательствъ»³⁾. Истцомъ многое

¹⁾ Brackenhöft, Ueber das qualificirte Geständniss. Archiv f. c. Praxis, Bd. XXII (1839), стр. 130, различаетъ признаніе: 1) естественнаго факта и 2) юридического факта, который есть непосредственная причина возникновенія или прекращенія юридического отношенія или непосредственно рождаетъ правовое дѣйствіе.

²⁾ Brackenhöft, ук. с., 132. Такимъ образомъ, при вопросѣ о дѣлимости квалифицированнаго признанія надо различать — субсумировала ли уже сторона существенные факты подъ правовое понятіе или нѣтъ. До этого момента надо допустить дѣленіе (дробимость) признанія, поскольку тѣмъ самымъ не погрѣшаемъ противъ общихъ правилъ толкованія смысла словъ. «Das Uebereinstimmende als gewiss, das Uebrige als ungewiss annehmen».

³⁾ ...«Ибо всегда onus probandi одной стороны, касательно утверждаемыхъ

утверждается молчаливо, а, вслѣдствіе отвѣта отвѣтника, расширяется область положительныхъ утвержденій истца (Leonhard, ук. с. 102, 283). Такъ, истецъ, ища изъ *negotium purum, implicite* выставляетъ утверждение, что сдѣлка свободна отъ даннаго условія, — вообще отъ всѣхъ мыслимыхъ условій¹⁾.

Такимъ образомъ, указанное возраженіе отпадаетъ. Правда, «теорія отрицанія» ведетъ къ суровымъ послѣдствіямъ для истца. Но, въ этомъ — преимущество теоріи, сказывающееся въ тѣхъ случаяхъ, когда «безсовѣстный истецъ ищетъ съ честнаго отвѣтника, выдвигая ложно *purum negotium*: тогда, именно, теорія отрицанія спасаетъ отвѣтника» (Röschmann, 51). «Дѣлимость признанія здѣсь дала бы побѣду коварству надъ честностью, ибо истецъ, не упоминая объ условіи, и ссылаясь только на обѣщаніе, могъ бы поставить своего противника въ самое невыгодное положеніе» (Gesterding, 146). Конечно, и истецъ можетъ оказаться въ положеніи процессуальной жертвы. Но онъ все же несетъ *onus probandi*, ибо онъ долженъ былъ обезпечить себя доказательствомъ заключенной юридической сдѣлки (Leonhard, 284).

II. Изложенныя нами общія исходныя положенія «теоріи отрицанія» натолкнулись въ специальной литературѣ на серьезныя возраженія.

«Теорія отрицанія» настаиваетъ на единствѣ волеизъявленія. Волю — учить она — нельзя разложить на: 1) соглашеніе безусловное (я покупаю...), + 2) условіе (если...). На это можно возразить, что, конечно, покупатель-ствѣтникъ имѣлъ въ виду заключить не юридическую сдѣлку «вообще», а — ту, которая представляется, какъ единое цѣлое, изъ главнаго и всѣхъ побочныхъ соглашеній. Но отсюда нельзя дѣлать какіе-либо выводы для ученія объ *onus probandi*! Нельзя оправдать такого требованія, что-бы истецъ доказывалъ юридическую сдѣлку, какъ таковую, вмѣстѣ со всѣми ея деталями и побочными условіями. На истца лежитъ доказательство лишь минимума состава фактовъ, оправдывающихъ его требованіе. Приведеніе много фактическаго матеріала лежитъ на отвѣтчикѣ.

Иные выводы, къ кону приходять «теорія отрицанія», обязана цѣлому ряду крупныхъ принципіальныхъ методологическихъ ошибокъ, въ корнѣ опирающихся это научное направленіе.

Согласно «теоріи отрицанія», отвѣтнику стоитъ только оспорить

ею фактовъ, зависитъ отъ того, признаетъ ли противникъ эти факты или отрицаетъ ихъ. А это послѣднее предоставлено произволу отвѣтника.»

¹⁾ A. v. Knieriem, *Behauptungspflicht und Beweislast*. Berlin. 1896, стр. 45 сл.; Leonhard, ук. с., 283.

какой-либо реквизитъ искомаго права (Tatbestandsmoment), обусловливающий дѣйствительность притязанія истца, что бы принудить истца къ доказательству.

Но это положеніе содержитъ явное *petitio principii*¹⁾. Если бы это было такъ, то вообще не существовало бы «распредѣленія бремени доказыванія»! Дѣло свелось бы къ тому, что весь объективно необходимый для обоснованія права фактической составъ, во всѣхъ отношеніяхъ (и въ положительномъ и негативномъ) образовывалъ бы бремя истца! Между тѣмъ, безспорно, что, напр. нормальный складъ духовной зрѣлости контрагента или напр. сознательность и серьезность выраженной воли суть основные реквизиты правовой дѣйствительности волеизъявленія, въ составѣ юридической сдѣлки. Но, съ другой стороны, безспорно и то, что не истецъ доказываетъ (въ случаѣ спора) наличие этихъ основныхъ реквизитовъ, а — противникъ, ссылающійся на ихъ отсутствіе, доказываетъ, напр. недѣеспособность контрагента или заключеніе сдѣлки не въ серьезъ, а — въ шутку.

И это должны признать и наиболѣе ярые представители теоріи «*motivierten Leugnen des Klagegrundes*». Непослѣдовательность этихъ юристовъ поразительна! Ибо тотъ, кто ссылается на шутку въ волеизъявленіи, тотъ отрицаетъ, что вообще заключена какая бы то ни была сдѣлка. Между тѣмъ, ссылающійся на заключеніе сдѣлки подъ суспензивнымъ условіемъ, оспариваетъ показаніе истца не столь огуломъ, ибо все же признаетъ заключеніе хоть схожей сдѣлки²⁾!

Такимъ образомъ, споръ отвѣтчика: «дѣло обстояло не такъ, какъ это представляетъ себѣ истецъ» — не имѣетъ рѣшающаго значенія для проблемы объ *onus probandi*. Какъ вѣрно говоритъ Staub (Kommentar zum Handelsgesetzbuch, стр. 20): «*das Anderssein ist nicht das Lösungswort in dem Kampfe um die Beweislast*».

«Теорія отрицанія» приходитъ къ своимъ радикальнымъ выводамъ, благодаря и другой методологической ошибкѣ: она не различаетъ матеріальнаго и процессуальнаго бремени доказыванія³⁾. Исходя изъ принципа состязательности, ученые учатъ, что принужденіе истца къ доказательству его утвержденія, необходимаго для обоснованія иска, по правилу, наступаетъ лишь тогда, когда это утвержденіе оспаривается отвѣтчикомъ. Но эти ученые дѣлаютъ очевидную логическую ошибку, выводя заключе-

¹⁾ Къ послѣдующему см. Н. Beckh, Die Beweislast nach dem BGB. München. 1899, § 16: «Beweis des Inhalts des Rechtsgeschäfts», — и В. Betzinger, Die Beweislast im Zivilprozess. Berlin. 1910, стр. 112 сл.

²⁾ Beckh, ук. с., 159—162.

³⁾ Beckh, ук. с., 162—164.

ніе, что каждый споръ отвѣтника влечетъ за собою съ необходимостью *onus probandi* истца! На самомъ дѣлѣ, «споръ» вовсе не есть еще достаточное основаніе къ тому, чтобы вызвать къ жизни *onus probandi* истца!

Оспариваніе имѣетъ эффектъ лишь тогда, когда оспоренное утвержденіе — такого типа, для котораго матеріальное право устанавливаетъ въ интересахъ утверждающаго «необходимость установленія» т.-е. если уже *a priori* ясно, что, касательно соответствующаго утвержденія, обоснованъ матеріальный *onus probandi* утверждающаго. Отъ оспариванія утвержденія истца отвѣтникомъ зависить, — переходитъ ли матеріальный *onus probandi* въ процессуальный, т.-е. долженъ ли истецъ *in concreto* дѣйствительно доказывать фактическій составъ (*Tatbestandsmoment*), который относился, — *an und für sich* — уже въ силу матеріальнаго права, къ его *onus probandi*.

Такимъ образомъ, нельзя смѣшивать производимое оспариваніемъ переходъ матеріальнаго *onus probandi* въ процессуальный, — съ самымъ возникновеніемъ *onus probandi*.

Методологическая ошибка «теоріи отрицанія» заключается и въ неразличеніи понятій основанія иска (*Klagegrund*) въ матеріальномъ и процессуальномъ смыслѣ¹⁾.

Утверждать, что ссылка на добавочное опредѣленіе въ договорѣ есть «мотивированное отрицаніе основанія иска» есть безнадежный «*circulus vitiosus*». Ибо распредѣленіе *onus probandi* заключается именно въ томъ, что не весь объективно правообосновывающій составъ фактовъ долженъ быть утверждаемъ истцомъ и въ случаѣ спора — долженъ быть имъ доказанъ. Наоборотъ, истецъ первымъ дѣломъ долженъ утверждать и эвентуально доказать — лишь опредѣленный кругъ моментовъ (*Tatbestandsmomente*), въ то время какъ отвѣтнику надлежитъ утверждать и доказать отсутствіе извѣстныхъ другихъ моментовъ.

Такимъ образомъ подъ «основаніемъ иска» (*Klagegrund*) надо понимать совокупность стоящихъ *prima facie* на бремени (утвержденія и доказыванія) истца предпосылокъ его притязанія (обычно образующихъ лишь часть общаго «*Tatbestandes*»). Весьма часто истецъ показываетъ много большее, чѣмъ это дѣйствительно принадлежитъ къ «основанію иска». Этимъ, однако, онъ отнюдь не беретъ на себя соответственно расширяющагося *onus probandi*!

Напр., истецъ утверждаетъ, что отвѣтникъ не уплатилъ своего долга. Это не относится къ основанію иска! Если поэтому отвѣтникъ

¹⁾ Beckh, ук. с., 164—171; Betzinger, ук. с., 112.

и оспариваетъ это утверждене, оно все же не ложится, касательно *onus probandi* на истца.

Принадлежитъ ли оспариваемое утверждене къ «основанію иска», — это нельзя вывести изъ факта спора (— ибо это было бы бессмысленнымъ *circulus vitiosus!*), а вытекаетъ исключительно изъ матеріальнаго права.

Но матеріальное право не требуетъ, чтобы истецъ привелъ не только всѣ положительныя данныя, но и — всѣ негативныя (возможныя) данныя, т.-е. доказывалъ бы отсутствіе всякихъ ограниченій сдѣлки, напр. *dies*, *conditio* и пр.

Такимъ образомъ, мы должны различать понятія: «*Gesamttthatbestand*» и «*Klagegrund*».

Первое понятіе — матеріально правовое. Это есть совокупность всѣхъ предпосылокъ, необходимыхъ для обоснованія исковой претензіи.

Послѣднее понятіе — процессуально правовое. Это есть совокупность тѣхъ данныхъ, утверждать и доказывать которые лежатъ на истцѣ. Этотъ кругъ данныхъ есть лишь часть «общаго состава иска» (*Gesamttthatbestand*)¹⁾.

Матеріальное право²⁾ представляетъ «основаніемъ иска» (лежащимъ на *onus probandi* истца), — *essentialia negotii*, + благоприятныя истцу *accidentalialia negotii*. Наоборотъ, неблагоприятныя отвѣтчику *accidentalialia negotii*, образуютъ возраженія³⁾.

Противъ «теоріи отрицанія» поднимаются еще слѣдующія возраженія.

Признаніе (или споръ) отвѣтчика рѣшаетъ лишь вопросъ о томъ долженъ ли доказывать истецъ то, что онъ долженъ и утверждать. А выходитъ такъ, что онъ — истецъ — припуждается и къ утвержденію и къ доказательству! Правда, представители «теоріи отрицанія» предполагаютъ молчаливое утверждене истца (объ отсутствіи тѣхъ или иныхъ добавочныхъ условій соглашенія). Но

¹⁾ *Beskh*, ук. с., 166. — Мы лично полагаемъ, что, по лучшей терминологіи, надо проводить различіе между: 1) матеріальнымъ и 2) процессуальнымъ основаніемъ иска. О первомъ идетъ рѣчь въ ст. 258, 258¹⁻³ Уст. Гражд. Суд. О второмъ — въ п. 4 ст. 257, 366 Уст. Гражд. Суд.

²⁾ *Beskh*, ук. с., 166, подъ «матеріальнымъ правомъ» авторъ понимаетъ положительное право и его научное истолкованіе.

³⁾ *Beskh*, ук. с., 167: Ссылка отвѣтчика на суспензивное условіе подпадаетъ не подъ абз. 2 (сужденіе о силѣ квалифицированія признанія опредѣляется «nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles»), а подъ абз. 1 § 289 С. Р. О. (сила судебного признанія не умалняется отъ прибавленія самостоятельныхъ средствъ нападенія или защиты), при чемъ благоприятныя истцу *essentialia negotii* могутъ считаться установленными. Ибо матеріальное право не опредѣляетъ, что утверждене *puritatis negotii* принадлежитъ къ «основанію иска», а опредѣляетъ, что утверждене прибавленнаго условія содержитъ въ себѣ возраженіе, т.-е. самостоятельное средство защиты.

для такой конструкции (фикции утверждения) нѣтъ опоры ни въ законѣ, ни въ существѣ дѣла. Она даже бессмысленна, если предположить, что отвѣтчикъ выставляетъ совершенно лживыя утверждения. Какъ можетъ истецъ «молчаливо» утверждать противоположное тому, на что отвѣтчикъ безчестно ссылается и о чемъ онъ — истецъ — и не догадывается¹⁾.

Далѣе. Утверждение (молчаливое) истца безусловности сдѣлки и (положительное) утверждение отвѣтчика объ условности сдѣлки не суть моменты, лежащіе въ основаніи иска, ибо «не утверждения, а голые факты образуютъ основаніе иска»²⁾. «Перфекція» же договора не есть чистый фактъ [*kein Factum an ihm selbst*], а есть юридическое понятіе, отвлеченное изъ отдѣльных фактовъ; это есть продуктъ размышленія, которое рассыпается въ ничто, если его лишить его фактической основы (Hänel)³⁾.

Но ясно, что въ процессѣ сторонамъ надлежитъ утверждать лишь фактическія обстоятельства, на коихъ они основываютъ свои притязанія, а подведеніе (Subsumption) ихъ подъ понятія и нормы права есть дѣло независимаго отъ сторонъ судьи. Правда, въ дѣйствительности по большей части судья преподносится фактический матеріалъ уже въ юридически-препарированномъ видѣ. Но печальные результаты этого обыкновенія немедленно сказываются въ случаяхъ спора сторонъ.

И въ этомъ отношеніи соблазнительна «теорія отрицанія», которая «изъ нужды дѣлаетъ добродѣтель», изъ погрѣшности практики выводитъ принципъ и полагаетъ, что тѣмъ самымъ устранены всѣ трудности⁴⁾. «Теорія отрицанія» не хочетъ знать принципа: «*da mihi factum, dabo tibi jus*»! Ея представители хотятъ надѣть на себя сначала очки юриста и изслѣдовать — подъ какія юридическія

¹⁾ Betzinger, ук. с., 118. Если бы истецъ даже положительно ссылался въ исковомъ прошеніи, напр., на безусловность сдѣлки, отсюда нельзя еще дѣлать вывода о его обязанности доказывать эту безусловность. Ср. Martinus, Zur Lehre von der Behauptungs- und Beweislast. Arch. f. bürg. Recht. Bd. XXIV (1904), H. 1, стр. 79.

²⁾ Einert, ук. с., 228; Hänel, ук. с., 388; Siebenhaar, ук. с., 7—22.

³⁾ Противъ этого возраженія R. Schneider, ук. с. Bd. X, стр. 299 сл., защищаетъ такъ: Истецъ и не долженъ доказывать перфекціи *an sich*, онъ доказываетъ лишь фактъ договора, который по закону дошелъ до перфекціи. Конечно, «перфекція» есть продуктъ размышленія. Также при *rei vindicatio* надо утверждать и доказать законный титулъ права собственности. Но все же развѣ можно возражать, что «право собственности не есть чистый фактъ самъ по себѣ, а есть абстрагированное изъ отдѣльных фактовъ понятіе?! Мы требуемъ отъ истца доказательства факта договора, а не «правового понятія» — продукта абстракціи!

⁴⁾ Brodmann, Zur Lehre von der Beweislast, «Archiv f. c. Praxis», Bd. 98 (1906), стр. 104—111, доказываетъ, что и «теорія отрицанія» и «теорія возраженія» опираются посредствомъ «abstrakte, begrifflich gefasste Arten juristischer Tatbestände».

понятія подпадаетъ показаніе стороны, и, соотвѣтственно этому и квалифицируютъ отвѣтъ противника. [Напр., есть ли договоръ — ссуда или поклада.]

Между тѣмъ, отрицаніе извѣстнаго фактическаго обстоятельства не есть то же самое, что отрицаніе вывода, слѣдующаго изъ факта и подведенія его подъ норму.

«Теорія отрицанія», не разграничивая матеріальной и процессуальной сторонъ вопроса, приходитъ къ своимъ огульнымъ, одно-стороннимъ выводамъ, которые не могутъ быть оправданы и соображеніями справедливости.

Въ самомъ дѣлѣ, въ борьбѣ съ «сутяжничествомъ истцовъ», теорія отрицанія ведетъ къ тому, что истецъ кидается въ лапы отвѣтника. Отвѣтникъ можетъ къ правдѣ привирать все-что ему угодно, и прямо издѣваться надъ несчастнымъ истцомъ. Изволь доказывать, что того то и того то не было! Если истецъ не можетъ доказать своего иска въ основныхъ чертахъ, то откуда же онъ возьметъ доказательства о деталяхъ сдѣлки?

Чѣмъ больше осложнена сдѣлка различными «*accidentalia negotii*», тѣмъ больше шансовъ для спора и недоразумѣній. Конечно, всѣ и «*accidentalia negotii*» входятъ въ существо договора, ибо лишь на этихъ условіяхъ состоялось соглашеніе. Но это — не рѣшающее соображеніе! Доказательствъ нѣтъ ни на той, ни на другой сторонѣ. Печальныя послѣдствія такой неряшливости должны падать на ту сторону, отъ которой, по всей справедливости, мы могли бы требовать, что бы она запаслась въ свое время доказательствами въ свою пользу. Если, такимъ образомъ, уже говорить о справедливости, то, конечно, — исходя отъ конкретныхъ обстоятельствъ дѣла, а вовсе не отъ апіорныхъ соображеній, кто — истецъ или отвѣтникъ — долженъ быть непремѣнно и безусловно объявленъ «жертвой» и кто — «палачомъ» другого.

I. «Теорія возраженія», къ изложенію коей мы теперь приступаемъ, есть по преимуществу теорія распредѣленія бремени доказыванія между сторонами. Fitting¹⁾, Kress²⁾ и Beckh³⁾, а вслѣдъ за ними Betzinger⁴⁾, Rosenberg⁵⁾ и цѣлый рядъ другихъ

¹⁾ Fitting, Die Grundlagen der Beweislast. «Zeitsch. f. ZP.» — XIII, (1889), 1 сл., 41 сл.

²⁾ Kress, Zur Lehre von der Beweislast nach dem BGB. Würzburg. 1889, стр. 50, 76, 87.

³⁾ Beckh, Die Beweislast nach BGB. München. 1899, стр. 156—192.

⁴⁾ Betzinger, ук. с., 47, 105: Onus probandi каждой стороны охватываетъ «den feststellungsbedürftigen Mindest-Tatbestand der für ihren Sachantrag nach Prozesslage vorteilhaften Rechtsnorm».

⁵⁾ L. Rosenberg, Die Beweislast nach der CPO. und BGB. Berlin.

болѣ мелкихъ юристовъ¹⁾ создали теорію нормъ, служащую главной основой и предпосылкой для «теоріи возраженія»²⁾.

Родоначальникъ этой теоріи — Fitting — разсуждаетъ такъ. Весь правовой порядокъ представляетъ собою сложную систему общихъ нормъ — правилъ, ограниченныхъ въ своемъ дѣйствіи громаднымъ количествомъ только развѣтвляющихся нормъ — исключеній. Поэтому, кто ищетъ какое-либо право, тотъ долженъ ограничиться приведеніемъ и доказательствомъ такихъ фактовъ (исходя изъ предположенія нормального склада отношеній!), которые рожаютъ это право³⁾. Въ самомъ дѣлѣ, факты могутъ быть: 1) правопронизводящими, 2) правопрепятствующими, 3) правооглашающими. Истецъ доказываетъ лишь правопронизводящіе факты. Иные факты («rechtshindernde», «rechtshemmende», «rechtsvernichtende») утверждаются и доказываются его противникомъ. «Ибо всякое устраненіе дѣйствія извѣстнаго права, наличность котораго установлена, можетъ быть, конечно, вызвано лишь вмѣшательствомъ извѣстной правовой нормы, примѣненіе коей для судьи обусловлено наличностью ея фактическихъ предпосылокъ». «Эти правопрепятствующие и правооглашающіе факты суть предпосылки нормы — исключенія (Ausnahmenvorschrift), ибо здѣсь дѣло идетъ о противодѣйствіи (Gegenwirkung) другой правовой нормы»⁴⁾. Такимъ образомъ, если судъ въ отдѣльномъ случаѣ

1900, стр. 58, 70; Его же: Zur Lehre vom sog. qualif. Geständnisse. Arch. Praxis, Bd. 94 (1903), стр. 11 сл.: «Время доказыванія безъ матеріальнаго права есть русло безъ воды, дерево безъ питанія».

¹⁾ Schühly, Die Beweislast bei der auflösenden Bedingung. Karlsruhe. 1910. См. рецензію проф. Б. Нопова въ «Юрид. Мин. Юст.» 1912, № 2.

²⁾ См., однако, А. Wach, Die Beweislast. «Zeit. f. d. Z. P.», XXIV, Н. 2 (1900), 388, и Martinus, Behauptungs- und Beweislast. Berlin. 1902, стр. 49 сл. Оба автора держатся «теоріи нормъ», но въ ученіи о суспензивномъ условіи измѣняютъ ей и, противорѣча себѣ, примыкаютъ къ «теоріи отрицанія».

³⁾ Fitting, ук. с., 49. Въ этомъ смыслѣ принято говорить, что истецъ долженъ доказывать тѣ факты, которые «по правилу», «an und für sich» способны привести къ возникновенію права.

⁴⁾ Fitting, ук. с., 51, указываетъ, что редакція правовыхъ нормъ не имѣетъ рѣшающаго значенія. Ибо нередко норма — правило и норма — исключенія соединены въ текстѣ одной статьи. Отличить эти нормы другъ отъ друга, однако, можно по тому, что норма — исключеніе имѣетъ болѣе признаковь, чѣмъ норма — правило. Логически норма содержать въ себѣ требованіе, чтобы заключеніе должно послѣдовать, если налично — ся положительные признаки. Если же приходится еще такіе признаки, отсутствіе коихъ является предположеніемъ примѣненія нормы, заключеніе изъ нормы — въ видѣ исключенія — не можетъ послѣдовать. Напр., законъ можетъ быть редактированъ такъ: «Владѣніе вещью въ теченіе 10 лѣтъ ведетъ къ праву собственности по давности. — Приобрѣтеніе права собственности по давности исключается, если владѣльцу при приобретѣніи владѣнія было извѣстно, что онъ не приобрѣтаетъ собственности». Ясно, что здѣсь — нормы: правило и исключеніе. Но дѣло не измѣнилось бы, если бы онѣ были слиты въ одномъ тезисѣ: «Тотъ, кто провладѣлъ 10 лѣтъ вещью, приоб-

имѣть дѣло съ наличностью фактическихъ предпосылокъ нормы — правила и не имѣть фактическихъ предпосылокъ нормы — исключенія (паир., они не утверждались или не были доказаны), — онъ долженъ примѣнить норму — правило (Regelvorschrift).

Такова теорія Fitting. Она нашла горячій откликъ въ германской научной юриспруденціи и дала толчокъ къ разработкѣ особой «теоріи нормъ» (Normentheorie).

Эта теорія исходитъ не отъ фактовъ, а отъ правовыхъ нормъ, изслѣдуетъ ихъ взаимное отношеніе, распредѣляетъ ихъ въ категоріи и заключаетъ отъ нихъ объ *onus probandi*. Фактическія предположенія, необходимыя для факческаго состава опредѣленной нормы, образуютъ тотъ минимумъ (Mindesttatbestand), который долженъ быть доказанъ той стороной, которая желаетъ использовать выгодную ей норму. Весь гражданскій кодексъ распадается на нормы — правила (рождающія притязанія) и «противонормы» (погашающія притязанія). Возраженіе (Einrede) есть то, что опирается на противонорму (Gegennorm). Это есть ссылка на самостоятельные факты, логически совмѣстимые съ основаніемъ иска, но съ правовой точки зрѣнія дѣйствующие ему наперекоръ.

Если отвѣтникъ изъ содержанія договора признаетъ тѣ моменты, которые по матеріальному праву обосновываютъ искъ, и утверждаетъ дальнѣйшія соглашенія, — онъ, правда, «отрицаетъ то, что договоръ заключенъ такъ, какъ утверждаетъ это истецъ», но онъ не отрицаетъ факты, которые суть предположенія примѣняемой нормы права, и которые утверждаются истцомъ и должны быть имъ доказаны.

Никогда отвѣтъ на искъ не можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ возникновеніе для истца обязанности нести *onus probandi* касательно факта, который не принадлежитъ къ основанію иска. Объемъ искового основанія узко ограничѣнъ абстрактными нормами. Возраженіе отвѣтника можетъ имѣть послѣдствіемъ то, что то или другое фактическое утвержденіе, входящее въ рамки этого искового основанія, дѣлается не требующимъ доказательствъ, но никогда не имѣетъ того послѣдствія, что новые факты расширили бы рамки доказательной обязанности истца ¹⁾.

Если такъ или иначе установлена наличность предположеній извѣстной нормы, она должна быть примѣнена, и дѣло другой

рѣшаетъ право собственности, если только при приобрѣтеніи владѣнія... Такое случайное различіе въ редакціи не можетъ имѣть какого-либо практическаго значенія!

¹⁾ Rosenberg, ук. с. «Arch. Praxis», 94, стр. 39, прим. 51 (здесь приведена и литература вопроса). Betzinger, ук. с., 105.

стороны — ввести въ процессъ (путемъ утвержденья и доказательства) данныя, которыя обусловливаютъ примѣненіе другой правовой нормы¹⁾.

Вѣдь, не исковые факты здѣсь отрицаются, а — ихъ дѣйствіе (Wirkung), и, именно, на основаніи новыхъ фактовъ, введеніе которыхъ въ процессъ лежитъ на отвѣтчикѣ²⁾.

Такъ поставленная проблема дастъ въ ученіи о суспензивномъ условіи такой выводъ: такъ какъ правовой эффектъ «заключенія договора» покоится на одномъ законѣ, а эффектъ «прибавленія условія» — на другомъ законѣ, то *onus probandi* включенія въ едѣлку условія, въ случаѣ спора, лежитъ на отвѣтчикѣ, желающаго использовать выгодную для себя норму.

II. Изложенныя нами общія исходныя положенія «теоріи возраженія» натолкнулись въ специальной литературѣ на серьезныя возраженія.

«Теорія нормъ» имѣетъ особую популярность на нѣмецкой почвѣ, и тамъ, дѣйствительно, она имѣетъ оправданіе своего существованія: нѣмецкіе ученые имѣютъ дѣло съ Германскимъ Гражданскимъ Уложеніемъ (BGB), въ коемъ редакція нормъ специально приновлена къ проблемѣ объ *onus probandi*³⁾.

Но, если и на своей родинѣ эта теорія родила не мало затрудненій для практиковъ, то въ тѣхъ странахъ, гдѣ матеріальное право при кодификаціи не приспособлялось и не приурочивалось къ проблемѣ объ *onus probandi*, «теорія нормъ» совсѣмъ отказывается въ своей помощи⁴⁾.

Между тѣмъ, ясно, что цѣнность критикуемой теоріи зависитъ отъ возможности указанной классификаціи нормъ на: «нормы — правила» и «противо-нормы». Но часто такое противоположеніе невозможно провести на практикѣ, если оба противника, напр., ссылаются на одну и ту же норму⁵⁾. Само различіе между противонормой и нормой дополнительной (Ergänzungsnormen) къ главной нормѣ часто спорно и расплывчато⁶⁾. Признакъ «благопріятности,

¹⁾ Schühly, ук. с., 54.

²⁾ Rosenberg, ук. с., 42: «Denn erhebliche Thatsachen, die nicht zum Klagegrunde gehören, bilden notwendigerweise Einreden».

³⁾ Въ BGB. норма — правило помѣщается въ одной статьѣ, норма — исключеніе — въ другой статьѣ, или же, хотя и въ той же статьѣ, но отдѣленная отъ правила словами: «если не»..., «развѣ бы» (es sei denn dass...).

⁴⁾ Б. Поповъ, Распределеніе доказательствъ между сторонами въ гражданскомъ процессѣ. Харьковъ. 1905 г., гл. IV. Его же, Рецензія на книгу Schühly въ «Курн. Мин. Юст.» 1912 г., № 2, стр. 258 сл.

⁵⁾ Brodmann, ук. с. Arch. Praxis, 98, стр. 133. Напр., А утверждаетъ, что продана лошадь х, а В утверждаетъ, что продана лошадь у.

⁶⁾ Brodmann, ук. с., 147, относитъ нормы о воле- и дѣеспособности къ «дополнительнымъ нормамъ», а Betzinger — къ «противонормамъ».

также произволенъ: каждая норма благопріятна и неблагопріятна сторонѣ, въ зависимости отъ конкретного искомага правового дѣйствія¹⁾. Сама предлагаемая классификація нормъ весьма произвольна: почему извѣстный фактъ причислять къ положительному фактическому составу противонормы, а не къ негативному фактическому составу нормы — правила? ²⁾.

Въ договорныхъ отношеніяхъ «теорія нормъ» (Minimaltheorie) довольствуется видимостью волеизъявленія, какъ оно доказано истцомъ. Но причиной результата является дѣйствительное совпаденіе воли сторонъ по существеннымъ пунктамъ. Такимъ образомъ, эта теорія въ сущности сводится къ оперированію понятіями «вѣроятія», «правила», т.-е. допускаетъ обычную ошибку, смѣшивая понятія: *onus probandi* (Beweislast) и оцѣнки представленныхъ доказательствъ (Beweisführung)³⁾.

«Теорія возраженія» допускаетъ ту же методологическую ошибку какъ и «теорія отрицанія»: она оперируетъ не фактами, а — юридическими понятіями. Такъ, ея авторы учатъ, что мы имѣемъ отрицаніе основанія иска, если отвѣтчикъ въ своихъ возраженіяхъ утверждаетъ предпосылки другого какого-либо юридическаго отношенія. Напримѣръ, истецъ ищетъ изъ займа, а отвѣтчикъ ссылается на дареніе. «Ибо заемъ и дареніе суть два взаимно исключаютія другъ друга правоотношенія»⁴⁾. Такимъ образомъ, и эта теорія игнорируетъ основную предпосылку гражданского процесса: «*da mihi factum, dabo tibi jus*».

Опороченная въ своихъ предпосылкахъ, «теорія возраженія» не можетъ дать удовлетворительныхъ выводовъ и для ученія о суспензивномъ условіи. Если даже и согласиться съ тѣмъ, что условіе покоится на особой нормѣ и посему должны быть уважены два закона, — отсюда нельзя сдѣлать какого-либо вывода по вопросу о распредѣленіи бремени доказыванія. Важно не то, что приводить новый законъ, а то — приводить ли новое дѣйствіе (Wirkung). Но это послѣднее не доказано «теоріей возраженія» (Minimaltheorie). Ея авторы утверждаютъ, что заключеніе договора

¹⁾ Leonhard, ук. с., 99. Нельзя всякое правовое положеніе, которое отвѣтчику *in casu* благопріятно, разсматривать, какъ противонорму. Напр., вопросъ — соблюдена ли законная форма акта, — благопріятенъ отвѣтчику, но *onus probandi*, конечно, на немъ не лежитъ.

²⁾ Kuhn, ук. с., 48 сл.: Brodmann, ук. с., 92, доказалъ примѣрами, что критерій «*Mindesttatbestand*» непригоденъ. Встрѣчаются случаи, когда *onus probandi* лежитъ на отвѣтчикѣ, хотя споръ касается утверждений, принадлежащихъ къ «*Mindesttatbestand*» нормы, используемой истцомъ. И обратно.

³⁾ Leonhard, ук. с., 102. Теорія нормъ покоится на колеблющейся почвѣ, — на понятіи условной доказанности (*vorläufige Schlüssigkeit*).

⁴⁾ Rosenberg, ук. с. Arch. Pr. 94, стр. 78; Его же, Beweislast, 62.

an sich рождаетъ одно дѣйствіе (Wirkung), а условіе — противодѣйствіе (Gegenwirkung). Но то что мы имѣемъ передъ заключеніемъ дѣловыхъ переговоровъ не есть еще дѣйствіе (Wirkung¹⁾!

Наконецъ, надо высказаться и по поводу соображенія о справедливости. Авторы «теоріи возраженія» упрекаютъ «теорію отрицанія» въ томъ, что эта послѣдняя выставляетъ а priori отвѣтника безусловно честнымъ, жертвой сутяжничества недобросовѣстнаго истца. Представители «теоріи отрицанія» не остаются въ долгу. Такъ, A. Stölzel [Schulung für die civilistische Praxis, 2 изд I, стр. 142] упрекаетъ «теорію возраженія» въ томъ, что она открываетъ именно истцу широкія ворота для злоупотребленій («der Lüge Thür und Thor öffnet»), ибо *onus probandi* по всѣмъ измышленнымъ истцомъ условіямъ возлагается на отвѣтника.

§ 3. Ученіе о суспензивномъ условіи, съ точки зрѣнія «теоріи отрицанія».

I.

«Теорія отрицанія» можетъ считаться нынѣ господствующей, какъ въ научной, такъ и практической юриспруденціи²⁾. Въ ея рядахъ числятся такіе ученые, какъ Reinhold, E. Schrutka, Unger, Endemann, Windscheid, Kühlenbeck, Plank, A. Wach, Martinus, Leonhard, Canstein, Stölzel, Dernburg, Eccius, и (опираясь на Motiv. z. BGB и § 196 Entwurf I zu BGB) — всѣ почти поголовно комментаторы къ BGB и DCPÖ. Эта теорія весьма популярна и во Франціи и Италіи, гдѣ доктрина опирается на § 1356 Code Civil и § 1360 Codice Civile, постановляющіе: «Судебное и вѣсудебное признанія не могутъ быть раздробляемы ко вреду лица, сдѣлавшаго признаніе» (Messina, Bœnnier, Lecombière, Planici).

Для обоснованія своихъ взглядовъ специально въ области ученія о суспензивномъ условіи, «теорія отрицанія» выдвигаетъ слѣдующіе аргументы.

Цельзю утверждать, что «условія принадлежатъ не къ существеннымъ (essentialia), а лишь къ случайнымъ частямъ сдѣлки (accē-

¹⁾ Leonhard, ук. с., 282: «Was vor dem Abschluss der Verhandlungen besteht, das ist noch keine Wirkung».

²⁾ Изъ старой литературы: Römer, Seuffert, Wetzell, Pöschmann, Schröder, и др. (см. выше § 1). Подробныя литературныя данныя и господствующую германскую судебную практику см. у Leonhard, ук. с., 316, прим. 1 и 2; Rosenberg, Arch. Pr. 94, стр. 53, прим. 68; Windscheid, Pandecten, I, § 86, № 4. Швейцарскую юриспруденцію см. Meyerhofer, Zur Lehre von der Beweislast, insbesondere bei bedingten und befristeten Verträgen. «Zeitschr. für schweiz. Recht», 1903, № 44, стр. 313 сл.

dentialia negotii), а потому и безусловность сдѣлки не можетъ разсматриваться, какъ существенная часть сдѣлки: посему суспензивное условіе не входитъ въ составъ основанія иска».

Этотъ избитый аргументъ покоится на непониманіи того, о чемъ здѣсь идетъ споръ. Да, суспензивное условіе есть «accidentalia negotii» въ томъ смыслѣ, что оно не предполагается само собою, а требуетъ въ сдѣлкѣ особаго соглашенія. Но отсюда не слѣдуетъ, что если это условіе положительно оговорено въ сдѣлкѣ, имъ не внесено ничто существенно важное для сдѣлки¹⁾! Ссылкой на суспензивное условіе отвѣтчикъ отрицаетъ то, что принадлежитъ къ обоснованію иска, именно, — наличность связующаго обѣщанія. Разъ условіе не наступило, должникъ не связанъ, и никогда не будетъ связанъ. Съ точки зрѣнія единства волеизъявленія, мы должны настаивать вообще на равноцѣнности всѣхъ «главныхъ» и «побочныхъ» опредѣленій договора²⁾.

Съ середины XIX вѣка излюбленнымъ методологическимъ приемомъ изслѣдователей интересующаго насъ вопроса былъ анализъ положенія юридической сдѣлки *pendente conditione*, и, въ связи съ этимъ, — и разработка ученія объ юридической природѣ и значеніи суспензивнаго условія.

Опираясь на глоссу къ I. 9 C. 8. 36³⁾, юристы стали учить, что договоръ, заключенный подъ суспензивнымъ условіемъ, не есть еще *perfectum negotium*. Но такъ какъ перфекція договора, изъ котораго ищется, есть существенная составная часть основанія иска, то возраженіе отвѣтника о суспензивномъ условіи (исключающемъ эту перфекцію) сводится къ отрицанію основанія иска⁴⁾.

Наиболѣе подробно и обстоятельно это положеніе, на почвѣ изученія римскихъ источниковъ, разработано въ (цит. выше) работахъ Dr. Robert Schneider. Вотъ ходъ его мыслей.

¹⁾ R. Schneider, ук. с. Bd. IX, II. 1, стр. 59. «Разъ это случилось, условіе входитъ въ существо обѣщанія, такъ какъ оно мѣшаетъ возникновенію обязательства».

²⁾ Gesterding, Ausbeute, 147.

³⁾ Glossa, Sed contra videtur negasse puritatem, nisi actor probet puritatem vel conditionem extitisse... Qui conditionem opponit in ipsius actionis nativitate, opponit quasi nec sit nata actio. Cum ergo dicit: conditionaliter promisi, vel sub conditione, tale est, ac si diceret: non confiteor actionem nata tam...

⁴⁾ K. Pöschmann, ук. с., 14. Ссылка на суспензивное условіе равносильно указанію, что «zu einem wirklichen Vertragsschlusses nicht gekommen ist». Bayer, Vorträge, 739: «Отвѣтчикъ могъ бы съ чистой совѣстью и просто безъ оговорки оспаривать утверждаемый истцомъ договоръ и тогда, конечно, *onus probandi* палъ бы на истца!» — Brackenhöft, ук. с. Arch. Prax. XXII (1839), 220.

Надо — говорить онъ [ук. с. Bd. IX, стр. 16 сл.] — прежде всего изслѣдовать, что существенно для обоснованія контрактнаго иска. Основаніе иска образуется изъ тѣхъ фактовъ, отъ которыхъ зависитъ возникновеніе искового права. Тотъ моментъ, въ которомъ совпадаютъ всѣ предположенія договора, и съ коего договоръ считается дѣйствительно законченнымъ, именуется «перфекціей договора» («*contractus perficitur*», «*perfectus est*»). Если соизволеніе на договоръ дано подъ суспензивнымъ условіемъ, то это имѣетъ то правовое значеніе, что стороны согласились, что покамѣстъ, т.-е. *pendente conditione* договоръ не заключенъ, т.-е. его перфекція зависитъ отъ наступленія условія. Если условіе не наступитъ, договоръ почитается никогда не бывшимъ¹⁾.

Конечно, и съ момента *consensus* (подъ суспензивнымъ условіемъ) наступаетъ обязательственная связь между сторонами, но не наступаетъ зависящее отъ наступленія условія обязательство (*juris vinculum*). Поэтому, надо различать два отношенія:

1) Обусловливающій договоръ (*bedingende Vertrag*), имѣющій своимъ предметомъ *spes debitum iri*. Это есть «уговоръ», «соглашеніе» (*negotium, conventio, pactum*). Это соглашеніе связываетъ договаривающихся лицъ такъ, что ни одинъ изъ нихъ не можетъ отступиться отъ него, прежде чѣмъ не рѣшится судьба перфекціи. Стороны тѣмъ самымъ обязываются, — но не купить или продать, а — подчиниться рѣшенію случая (черезъ исходъ этого условія) о томъ, будутъ ли они продавать или покупать.

2) Обусловленный договоръ (*bedingte Vertrag*), имѣющій своимъ предметомъ *obligatio*. Съ момента наступленія договора, — *negotium imperfectum* превращается въ перфектный договоръ. Но условіе можетъ не наступить, а потому этотъ договоръ — эвентуальный.

¹⁾ Авторъ (*passim*) ссылается на слѣдующіе источники. § 4 I. 3. 15: *Exconditionalis stipulatione tantum spes est debitum iri*. L. 7 pr. D. 18. 1: *Conditionales venditiones tunc perficiuntur, quum impleta fuerit conditio*. L. 8 pr. D. 18. 6. Если продана вещь подъ условіемъ и таковое еще не наступило, *nulla est emptio*. «*Si id quod venierit... et pure veniit, perfecta est emptio*». L. 213 pr. D. 50. 16: до исполненія условія — *neque cessit neque venit dies*. [*Cedere diem* = возникновеніе обязательства: «*incipere deberi pecuniam*». *Venire diem* = исполненіе обязательства «*quo pecunia peti possit*»]. L. 13 § 5 D. 20. 1: «*Nihil interim debeatur*». — При ненаступленіи условія договоръ не расторгается, а изначала не существовалъ: *nullam esse venditionem* (L. 37 D. 18. 1; L. 8 pr. D. 18. 6). Вообще до наступленія условія, условный договоръ не служитъ титуломъ ни для какихъ юридическихъ послѣдствій (*condictio indebiti, constitutum, novatio, usucapio* и пр.). Здѣсь не только обязательство изъ договора, но и самъ договоръ откладывается. L. 5. C. 4. 48: «*Si venditionem nulla conditio suspenderit*». § 4 I. 3. 23: «*erit tibi emptus*». — Обратная сила условія покоится на фикціи: L. 8 D. 18. 1: «*jam tunc... venditio facta intelligatur*». L. 73 § 1. D. 35. 2: *quod sub conditione debetur — spes obligationis*.

Первое соглашеніе не рождаетъ еще правъ и обязанностей и исковъ. Оно есть подготовительный договоръ ¹⁾.

Такого рода различіе вполне соответствуетъ намѣреніямъ сторонъ. Суспензивно условный обязанный вовсе не желаетъ быть обязаннымъ уже теперь, съ тѣмъ, чтобы отложить лишь исполненіе этой обязанности до наступленія условія, — нѣтъ! Онъ, именно, не желаетъ быть обязаннымъ до этого момента!

Въ другой (цит.) статьѣ [Bd. X, Heft 17, стр. 397—480] R. Schneider даетъ дальнѣйшій подробный анализъ понятія суспензивнаго условія. Онъ опровергаетъ мнѣніе своихъ критиковъ (Siebenhaar и др.), что суспензивнымъ условіемъ откладывается не существованіе (Existenz), а лишь правовой эффектъ (Wirksamkeit) договора, и доказываетъ, что сущность суспензивнаго условія состоитъ въ томъ, что оно откладываетъ, именно, существованіе (заключеніе) договора ²⁾. «На мѣсто необходимости (necessitas) обязанности, которую требуетъ договоръ, наступаетъ случайная возможность таковой» (стр. 401). Лишь послѣ наступленія условія, возможность превращается въ дѣйствительность, casus (spes) — въ «necessitas». Тогда возникаетъ впервые договоръ, ибо восполняется требованіе, до сихъ поръ отсутствующее для перфекціи договора.

И нельзя утверждать (contra: Siebenhaar), что условіемъ отлагается правовой эффектъ договора³⁾! Отъ условія зависитъ не только «право», но даже самъ договоръ, рождающій это право. Ибо разъ суспензировано obligatio, суспензировать и договоръ⁴⁾.

¹⁾ Въ цит. статьѣ Bd. X, 465, авторъ проводитъ аналогію между: 1) суспензивнымъ условнымъ договоромъ и 2) pactum de contrahendo. Оба подготовительные договоры, ибо черезъ ихъ посредство готовится заключеніе другого договора. Но различіе есть: въ pactum de contrahendo стороны обязываются заключить (навѣрное) другъ съ другомъ въ будущемъ другой договоръ. Въ суспензивно условномъ договорѣ стороны обязываются въ будущемъ разсматривать, какъ заключенный между ними договоръ, если наступитъ такое-то обстоятельство, т.-е. заключеніе сдѣлки въ будущемъ — ненавѣрное.

²⁾ Соглашеніе, при которомъ совсѣмъ остается въ неизвѣстности, является ли одинъ контрагентъ управомоченнымъ къ требованію противъ другого, а тотъ — обязаннымъ къ дѣйствію передъ первымъ (— an debeat?), — не есть договоръ, не есть juris vinculum, quo necessitate, adstringimur... (pr. I. 3. 13).

³⁾ Schneider, ук. с. Bd. X, стр. 442. Правда, источники говорятъ о «debitum iri» (а не — «contractum iri»). Но будущее возникновеніе долга есть необходимое послѣдствіе будущаго возникновенія договора.

⁴⁾ Далѣе (стр. 442 сл.) Schneider разбиваетъ по порядку аргументы своего противника Siebenhaar. Аргументъ: «источники говорятъ о creditor и debitor» теряетъ свое значеніе, если мы вспомнимъ, что называется «creditor conditionalis»: L. 54 D. 50. 16: Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat». Аргументъ о переходѣ правъ и обязанностей по условному договору на наслѣдниковъ лишается значенія, въ виду § 4 I. 3. 15: «eamque

Примѣняя эти положенія къ интересующей насъ проблемѣ, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ.

Ссылка на условіе не можетъ быть разсматриваема иначе, какъ отрицаніе существенныхъ фактовъ, составляющихъ основаніе иска, а потому *onus probandi* падаетъ на истца, утверждающаго безусловность сдѣлки. Вѣдь, отвѣтчикъ не признаетъ, а, именно, отрицаетъ заключеніе (въ прошломъ) искомою юридической сдѣлки!

Съ этой точки зрѣнія, сдѣлка съ условіемъ представляетъ изъ себя нѣчто иное (*aliud*), сравнительно съ безусловной сдѣлкой¹⁾. Вѣдь, утвержденіе отвѣтника существенно измѣняетъ объектъ иска и замѣняетъ искомый объектъ совсѣмъ инымъ объектомъ²⁾. Отвѣтчикъ тѣмъ самымъ заявляетъ, что онъ заключилъ другую сдѣлку³⁾. Поэтому, истецъ долженъ доказать заключеніе сдѣлки такъ, какъ онъ ее утверждаетъ въ своемъ искѣ, какъ если бы отвѣтчикъ вовсе отрицалъ заключеніе сдѣлки⁴⁾.

Къ тѣмъ же самымъ выводамъ, но въ результатѣ иныхъ разсужденій, приходитъ Leonhard (ук. с. 286 сл.). Истецъ — говоритъ онъ — долженъ доказать не всѣ *essentialia* и *accidentalia negotii*, а лишь тотъ составъ фактовъ (*Tatbestand*), который оправдываетъ требуемое правовое дѣйствіе (*Wirkung*) сдѣлки⁵⁾. По безусловность принадлежитъ къ составу требуемаго правового дѣйствія [*Die Unbedingtheit zum Tatbestande der geforderten Rechtswirkung gehört*], а потому истецъ долженъ доказать «*puritas negotii*».

Всѣ представители «теоріи отрицанія» согласны въ томъ (и это

ipsam spem ad heredem transmittimus». Поэтому нельзя до наступленія условія предъявлять иски, расторгающіе договоръ, напр. *actio redhibitoria*. Здѣсь еще нѣтъ *perfecta emptio*, нечего поэтому и расторгать. L. 43 § 9 D. 21. 1: «*quia nondum perfecta emptio — arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest*».

¹⁾ Brackenhöft, ук. с., 223; Bayer, Vorträge, 738; Reinhold, Klagegrund, 99.

²⁾ Pöschmann, ук. с., 15. Кто получилъ обѣщаніе *pure* въ 1000 талеровъ, тотъ имѣетъ активъ въ 1000 талеровъ. Иное — при условныхъ обѣщаніяхъ. Учитывая теорію вѣроятности наступленія условія (напр., выигрышъ въ лотерею), надо заключить, что предметъ признанія былъ не 1000 талеровъ, а напр. 1 талеръ.

³⁾ R. Schneider, Bd. IX, стр. 57.

⁴⁾ Stölzel, Schulung, I, стр. 143; Dernburg, Pand. I, § 116. Въ ссылкѣ на условіе кроется утвержденіе, что «*das Geschäft anderer Art sei, als durch die Klage vorgebracht*».

⁵⁾ Leonhard, ук. с., 292. Напр., истецъ требуетъ обратно свою вещь, отданную въ наемъ (*locatio-conductio*). Отвѣтчикъ возражаетъ, что онъ получилъ эту вещь въ безмездное пользованіе (*commodatum*). Здѣсь отвѣтчикъ будетъ присужденъ немедленно. Возмездность, правда, принадлежитъ даже къ *essentialia* договора найма, но не къ составу предположений притязанія на выдачу вещи.

вытекает из ихъ логическихъ разсужденій), что *onus probandi* падаетъ на отвѣтчика, если онъ утверждаетъ, что послѣ заключенія договора позднѣе прибавлено было суспензивное условіе. «Ибо отвѣтчикъ признаетъ, что дѣйствительно былъ заключенъ договоръ, такъ, какъ это утверждаетъ истецъ, и защищается противъ послѣдствій перфектнаго договора ссылкой на самостоятельные новые факты»¹⁾.

II.

Представители «теоріи отрицанія» должны были дать отвѣтъ и на такой вопросъ: что же долженъ доказать истецъ при ссылкѣ отвѣтчика на суспензивное условіе?

Сами авторы этой теоріи сомнѣвались въ возможности требовать отъ истца несомнѣнныхъ доказательствъ неправильности утвержденія отвѣтчика, т.-е. доказательствъ *puritatis negotii*. «Вѣдь, отвѣтчикъ въ сущности отрицаетъ его искъ. И съ какой стати мы взвалили бы на истца *onus*, отъ котораго онъ былъ бы свободенъ, если бы отвѣтчикъ отрицалъ все обязательство оптомъ! На истца долженъ быть возложенъ *onus probandi* его утверждений. И ничего большаго! Иначе, мы на него взвалили бы еще нѣчто, что служить не къ утверженію его иска, а къ опроверженію утверждений отвѣтчика»²⁾!

Въ томъ же смыслѣ смягчать суровость своей «теоріи отрицанія» такой убѣжденный сторонникъ ея, какъ R. Schneider (ук. с. Bd. IX, Н. 20, стр. 429). «*Thema probandum* — говорить онъ — всегда направлено на то, что доказывающій утверждаетъ, а противникъ отрицаетъ, — но никогда не на невѣрность того, что противникъ приводитъ для мотивировки своего отрицанія. Поэтому, истецъ долженъ доказать заключеніе искомаго договора, а не то, что не было уговорено условія.» (Тотъ же авторъ, ук. с.) Bd. IX, Н. 1, стр. 45 сл.]. «Истецъ не долженъ доказывать безусловность сдѣлки. Отвѣтчикъ, правда, оспариваетъ безусловность сдѣлки, но не этимъ онъ возлагаетъ *onus probandi* на истца, а тѣмъ, что отрицаетъ положительное обстоятельство, принадлежащее къ основанію иска, т.-е. перфекцію договора. Вотъ эта

¹⁾ Stölzel, 143; Leonhard, 299; Canstein, *Anerkennung und Geständniss*. «*Zeitsch. f. Z. P.*» (1879), 318; R. Schneider, Bd. IX, Н. 1, стр. 36; Н. 20, стр. 427. (Ссылка на I. 44 § 2 D. 44. 7: «*Conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur... Sed hoc casu existente conditione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali*»).

²⁾ Gesterding, *Ausbeute*, 154; Martinius, *Zur Lehre von der Behauptungs- und Beweislast*. «*Archiv für bürgerl. Recht*». Bd. XXIV, Heft 1 (1904), стр. 79.

перфекція договора есть *thema probandum* дл истца. [«Er muss darthun, dass der Vertrag, aus welchem er geklagt hat, perfect geworden ist».] Задача доказательства истца та же, какъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикомъ просто прямо отвергается основаніе иска. Онъ долженъ доказать, что некий имъ договоръ дѣйствительно состоялся, т.-е. переговоры между сторонами дозрѣли до того момента, въ которомъ договоръ можетъ быть разсматриваемъ, какъ *perfectum negotium*. [Авторъ, стр. 47 сл. далѣе говоритъ о средствахъ этого доказательства: свидѣтели, документы, присяга.] На это доказательство истца отвѣтчикъ можетъ отвѣтить противодокладательствомъ; т.-е. прямымъ доказательствомъ соглашенія о суспензивномъ условіи (стр. 52). Въ случаѣ успѣха отвѣтчика, *onus probandi* исполненія суспензивнаго условія лежитъ на истцѣ ¹⁾.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что уже старые юристы пытались смягчить суровости своей теоріи въ ея практическомъ примѣненіи.

Онако, нѣкоторые крайніе послѣдователи «теоріи отрицанія» не останавливаются и передъ суровыми логическими выводами. Такъ, Gesterding (ук. с. 154) говоритъ: «Возложить на истца просто доказательства того, что отвѣтчикъ обязался, недостаточно, ибо отвѣтчикъ это отрицаетъ не огуломъ (*durchaus*), а лишь въ отношеніи безусловности. Истецъ ищетъ изъ *purum negotium* (разъ онъ неупоминаетъ объ условіи). Эту *puritas* отрицаетъ отвѣтчикъ. Поэтому, истецъ долженъ доказать, что отвѣтчикъ обязался *simpliciter* ²⁾».

Впрочемъ, это крайнее мнѣніе нынѣ не можетъ считаться господствующимъ.

III.

Обратимся теперь къ критикѣ изложенной выше (I—II) «теоріи отрицанія» въ ея примѣненіи къ ученію о суспензивномъ условіи.

И, прежде всего, мы должны указать на нѣкоторые чисто апріорныя недоумѣнія, которыя возбуждаетъ эта теорія.

Если бы было правильно утвержденіе, что ссылка отвѣтчика на суспензивное условіе измѣняетъ сущность договора, какъ «недѣ-

¹⁾ Такъ же: Canstein, ук. с. 319.

²⁾ Pöschmann, ук. с., 23. Болѣе мягкую формулу даетъ Leonhard, ук. с., 283: достаточно, если истецъ докажетъ «*schlechthin die Abgabe einer schlichten Vertragserklärung, den reinen Abschluss*». Здѣсь нѣтъ погрѣшности противъ правила: *negativa non probantur*. «Истцу достаточно доказать тѣ положительныя выраженія, которыя заявлены при заключеніи договора». Bolgiano, ук. с. § 4, стр. 158, Einert, ук. с. 242: Истецъ долженъ доказать то, что спорно между ними (т.-е. *Zusatz*), т.-е. отсутствіе условія.

лимаго юридическаго факта», то было бы недопустимо доказательство истца, что утверждаемое условіе наступило: это было бы измѣненіе основанія иска. Этого вывода, однако, противорѣча себѣ, не дѣлаютъ сами авторы теоріи¹⁾.

Аргументъ «иной сдѣлки» (*aliud*), «единства воли» ничего не доказываетъ, ибо доказываетъ слишкомъ много! Вѣдь, всякое уклоненіе отъ утвержденій истца дѣлаетъ утверждаемую имъ сдѣлку «иной»!²⁾ Развѣ, напр., договоръ, заключенный на срокъ, или подъ резолютивнымъ условіемъ, не «иной», чѣмъ договоръ безусловный? А между тѣмъ, «теорія отрицанія» въ этихъ случаяхъ *onus probandi* возлагаетъ на отвѣтчика (*Römer, v. Canstein, Dernburg, Stölzel* и др.)³⁾. Лишь немногіе юристы послѣдовательно возлагаютъ *onus probandi* отъ истца при ссылкѣ отвѣтчика и на резолютивное условіе⁴⁾.

«Теорія отрицанія» единодушно учитъ, что *onus probandi* падаетъ на отвѣтчика, если условіе включено въ договоръ позднѣе, хотя отвѣтчикъ и здѣсь въ сущности оспариваетъ наличное существованіе искового права. То же противорѣчіе наблюдается и въ случаяхъ ссылки отвѣтчика на срокъ (*dies*). Почему возлагать *onus probandi* срока на отвѣтчика? Вѣдь, и здѣсь онъ отрицаетъ свою обязанность къ немедленному исполненію!⁵⁾

Мы видимъ, такимъ образомъ, что критикуемая теорія уже

¹⁾ *L. Rosenberg, ук. с. Arch. Pr. 94, стр. 68:* На самомъ же дѣлѣ, истецъ въ данномъ случаѣ признаетъ «*einredebe gründende Bedingung*». *Beckh, ук. с. 171:* Дѣлимость квалиф. признанія обнаруживается въ томъ, что истецъ можетъ выполнить свой *onus probandi*, если онъ, вмѣсто доказательства *puritatis negotii*, — просто докажетъ наступленіе утверждаемаго отвѣтчикомъ условія. Отсюда вытекаетъ, что защита отвѣтчика (ссылка на «*aliud negotium*») отнюдь не есть полное отрицаніе всѣхъ истцовыхъ утвержденій, а представляетъ собою — частью признаніе, частью — оспариваніе.

²⁾ *L. Rosenberg, ук. с., 55; Betzinger, ук. с., 112, 116,* соглашается, что условная сдѣлка есть «*Anders-Sein*», «*ein Aliud*» — въ экономическомъ и логически-юридическомъ отношеніи. Но что отсюда слѣдуетъ для ученія объ *onus probandi*?! Ничего! При распредѣленіи бремени доказыванія принимается въ соображеніе не экономическое значеніе даннаго факта, какъ тема для доказыванія, а лишь правдивость фактической основы притязанія, т.-е. «*Mindest-Thatbestand*» правовой нормы, на коей основывается искъ. На стр. 73 авторъ противъ хозяйственно-экономическаго аргумента *Röschmann'a* возражаетъ: «Бремя доказыванія распредѣляется по правовымъ нормамъ, а не по правиламъ математики, и для разрѣшенія вопросовъ объ *onus probandi* судья беретъ въ руки гражданскій кодексъ, а не таблицы логарифмовъ».

³⁾ Литературу вопроса см. у *Rosenberg, ук. с., 58.*

⁴⁾ *Rosenberg, ук. с., примѣч. 71.* Авторъ, стр. 63, указываетъ, что та же игра повторяется и при негативно-суспензивномъ условіи. Здѣсь отвѣтчикъ долженъ доказать ненаступленіе условія: таково — господствующее ученіе! Но каково принципиальное различіе между позитивнымъ и негативно-суспензивнымъ условіемъ?

⁵⁾ *Rosenberg, ук. с., 67.*

prima facie кроетъ въ себѣ логическія противорѣчія. Но не трудно вскрыть ея внутреннія погрѣшности построения и по существу.

Главный аргументъ «теоріи отрицанія» — отвѣтчикъ ссылкой на суспензивное условіе, оспариваетъ перфекцію договора. Это ученіе связано со старымъ обще-германскимъ споромъ: ставитъ ли подъ сомнѣніе суспензивное условіе существованіе сдѣлки или существованіе воли. Правильная современная доктрина (ср. §§ 158, 160 B G B.) учитъ, что суспензивное условіе дѣлаетъ зависящимъ отъ будущаго обстоятельства правовой эффектъ (*die Wirkung*) юридической сдѣлки, а не ея заключеніе¹⁾. Иначе говоря, отвѣтчикъ признаетъ договоръ, но споритъ объ его содержаніи.

«Теорія отрицанія» становится на иную, теперь оставленную, точку зрѣнія. Она отрицаетъ наличность договора въ моментъ заключенія условно-суспензивнаго соглашенія, и утверждаетъ, что договоръ рождается впервые въ моментъ возникновенія условія.

Эта аргументація покоится на смѣшеніи понятія перфекціи (въ смыслѣ немедленной полной правовой силы) договора съ правовой дѣйствительностью (въ смыслѣ окончательной договорной связанности) договора. И суспензивно условный договоръ рождаетъ тотчасъ же съ его заключеніемъ правовую связанность! «*Obligatio*», правда, рождается въ моментъ наступленія условія, но договоръ, предполагающій единеніе положительныхъ воль, имѣлъ мѣсто въ моментъ уговора, и не повторяется вновь въ моментъ наступленія условія.

Поэтому, правильная конструкція можетъ быть изображена такъ. Стороны, заключающія условную сдѣлку, хотятъ теперь же соотвѣтствующій экономическій результатъ, но — лишь въ виду (на случай) такихъ то (для нихъ неизвѣстныхъ) обстоятельствъ. Если бы эти обстоятельства имъ открылись теперь же, — они заключили бы сдѣлку *simpliciter*. Но такъ какъ эти обстоятельства имъ сейчасъ неизвѣстны, они ничего рѣшительнаго въ данный моментъ не предпринимаютъ. Откладывать заключеніе договора до выясненія будущихъ обстоятельствъ, и тогда сразу заключить *primum negotium*, онѣ не желаютъ: онѣ хотятъ обезпечить за собой экономическій результатъ сдѣлки теперь же, чтобы быть напередъ спокойными.

Таковъ смыслъ и значеніе условной сдѣлки. Если бы здѣсь не оказалось связывающаго отношенія (*necessitas*), — стороны обманулись бы въ своихъ ожиданіяхъ и намѣреніяхъ! На самомъ же

¹⁾ Rosenberg, ук. с., 67:... «*die Wirkung des Rechtsgeschäfts, also das Gewollte, — nicht das Wollen*». Ср. Windscheid, Band I, § 89, n^o. 2.

дѣлѣ, онѣ теперь же связаны договоромъ, — хотя и условнымъ. Никакого другого «договора» позднѣе (при наступленіи условія) не возникаетъ «впервые», а — просто — осуществляется то, на что изначала были направлены чаянія (spes) сторонъ. Здѣсь нѣтъ уговора + договоръ, а есть одинъ «условный договоръ»¹⁾.

Для полноты нашего критическаго разбора «теоріи отрицанія», укажемъ, что нѣкоторыми юристами сдѣлана попытка опровергнуть предпосылки этой теоріи — толкованіе римскихъ источниковъ.

Такъ, Betzinger, ук. с. 126 и Martinus ук. с. «Archiv für bürg. Recht.», XXIV, 64—72, пытаются доказать, что римскіе юристы обсуждали добавочныя соглашенія объ условіи, срокѣ, modus и т. п., какъ особые (отдѣлимые) *leges contractus*, и *onus probandi* возлагали на того, кто ихъ утверждалъ. Они ссылаются также на принципъ: «*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*» (L. 2 D. 22. 3; 1. 23 C. 4. 19).

Надо, впрочемъ, замѣтить, что къ этимъ выводамъ указанные авторы пришли, не анализируя сущности понятія суспензивнаго условія и юридической природы условнаго договора; поэтому, ихъ выводы, съ точки зрѣнія римскаго права, сомнительны.

§ 4. Ученіе о суспензивномъ условіи, съ точки зрѣнія «теоріи возраженія».

I.

«Теорія возраженія», въ ея практическомъ примѣненіи къ ученію о суспензивномъ условіи, весьма сильно представлена въ теоретической литературѣ. Въ ея лагерь переходятъ иногда авторы, энергично защищавшіе до того «теорію отрицанія» (напр. Martinus)²⁾.

Согласно этому ученію, отвѣтчикъ, ссылающійся на суспензивное

¹⁾ Нельзя согласиться съ соображеніемъ Rosenberg, ук. с., 66: «Истецъ долженъ утверждать и доказать лишь возникновеніе его притязанія, а не настоящее его существованіе. Факты, которые препятствуютъ возникновенію права или уничтожаютъ возникшее право, конечно, должны быть доказаны отвѣтчикомъ. При признаніи отвѣтчика истецъ не долженъ доказывать возникновенія права». Но можно ли здѣсь говорить о «признаніи» отвѣтчика? Весь вопросъ въ томъ и заключается — допустимо ли такое дробленіе показанія отвѣтчика?!

²⁾ Нынѣ въ ея рядахъ числятся: Betzinger (отецъ и сынъ), Beckh, Rosenberg, Kress, Staub, Lehmann, Gareis, Kleinfeller, Weismann, Reinhold, Martinus и часть германской судебной практики. (R. G. Entsch. Bd. 57 № 46.) Но это — не господствующее ученіе R. G. Съ 1884 г. онъ постоянно склоняется въ пользу «теоріи отрицанія». Подробную болѣе мелкую литературу и германскую судебную практику въ смыслѣ «теоріи возраженія», см. у Leonhard, ук. с.. 317, прим. 1 и 3.

условіе, несетъ *onus probandi* соглашенія о немъ (*exceptio*), а истецъ (*replicatio*) доказываетъ исполненіе этого условія¹⁾.

Аргументы этой школы сводятся къ слѣдующему.

Утвержденіе отвѣтчика о заключеніи сдѣлки (напр., купли-продажи) подъ суспензивнымъ условіемъ есть ссылка на правовыя нормы (объ условіяхъ), которыя, тамъ, гдѣ онѣ привходятъ, устраняютъ примѣненіе общихъ нормъ — правилъ о куплѣ-продажѣ. Поэтому, включеніе въ сдѣлку суспензивнаго условія долженъ доказывать отвѣтчикъ. Ибо, если это не установлено, судья не можетъ примѣнить правовыя нормы объ условіяхъ. (*Fitting*, ук. с. 56.)

Итакъ, съ точки зрѣнія общей «теоріи нормъ», надо при разрѣшеніи интересующей насъ проблемы, спросить о примѣняемой нормѣ. Правовый порядокъ выставляетъ касательно дѣйствія условія рядъ нормъ; но напрасно мы искали бы особыхъ нормъ, касательно отсутствія условія. Такъ какъ отвѣтчикъ выводитъ изъ утверждаемаго имъ соглашенія права, онъ и несетъ *onus probandi* по этому пункту²⁾.

Съ этой точки зрѣнія, ссылка на условіе есть *exceptio* [*L. 2 pr. D. de except.: Quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*]³⁾, ибо содержитъ въ себѣ «правопренятствующее обстоятельство»⁴⁾, и, какъ «возраженіе», лежитъ въ отношеніи доказательства на отвѣтчикѣ.

Старые юристы (*Gesterding*, *Koch*, *Savigny*, *Wendt*, *Puchta* и др.) любили еще ссылаться на отсутствіе, какъ законной, такъ и житейской презумпціи за условность сдѣлки⁵⁾. Презумпція всегда говоритъ за обычную структуру сдѣлки, и, слѣдовательно, за *rigitas negotii*. А тотъ, кто утверждаетъ что либо противное презумпціи, долженъ это доказать, ибо случайный элементъ юридическихъ актовъ образуетъ исключеніе общему праву⁶⁾.

¹⁾ *Betzinger*, ук. с., 162 (здѣсь же литература). *Contra: L. Rosenberg*, ук. с., 63.

²⁾ *Kuhn*, ук. с., 75; *Meyerhofer*, ук. с., 338: «Заключеніе договора поконится на одномъ законѣ; прибавленіе условія — на другомъ законѣ».

³⁾ Это — аргументъ *Einert*, ук. с., 239. Противъ него *R. Schneider*, ук. с. Bd. IX, Н. 20, стр. 425: «Это опредѣленіе такъ обще и неопредѣленно, что всякое отрицаніе основанія иска есть *exceptio*! Но не «*excludere*» характерно для *exceptio*, а содержаніе его и отношеніе его къ исковому праву!»

⁴⁾ *Renaud*, *Lehrbuch*, 213; *Maxen*, ук. с., 131; *Rosenberg*, ук. с., 66; *Regelsberger*, *Pandecten* I, 696.

⁵⁾ *Cp. Allg. Preus. L. R. I, 5, § 229: «Dass ein Vertrag unter besonderer Bedingung geschlossen worden, wird auch bei mündlichen gültigen Verträgen, nicht vermuthet».*

⁶⁾ Изъ современныхъ юристовъ: *Van Wetter*, *Pandectes*, t. 1 (1909), стр. 249—250; *Martinus*, ук. с. *Arch. f. b. R.* XXIV, Н. 1, стр. 77; *Re-*

Въ связи съ этимъ, лежитъ и юридическая природа условія (*conditio*), какъ случайной части сдѣлки (*accidentalia negotii*). Оно обосновано особымъ соглашеніемъ, стоящимъ въ противорѣчій съ диспозитивнымъ правомъ (=временной, условной, правовой). А утверждение любого уклоненія отъ диспозитивнаго права должно быть въ случаѣ спора, доказано¹⁾. Изъ общихъ ученій слѣдуетъ, что не тотъ, кто ссылается на законное право, долженъ доказывать неизмѣненіе диспозитивной нормы, — а, наоборотъ, тотъ, кто въ отдѣльномъ случаѣ ссылается на измѣненіе ея черезъ волю сторонъ, долженъ это доказать. Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ диспозитивная норма приурочена закономъ прямо къ наличности извѣстныхъ предпосылокъ определенной юридической сдѣлки, то и доказательство этихъ законныхъ предпосылокъ достаточно для созданія соответствующаго правоваго эффекта. Не тотъ, кто ищетъ этотъ правовой эффектъ, долженъ доказывать, что ничего иного не определѣно, а тотъ, кто утверждаетъ исключеніе диспозитивнаго определѣнія, несетъ *onus probandi* ²⁾.

«Диспозитивная» природа положительно вытекаетъ изъ редакціи закона. Нигдѣ не говорится: «это имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, если иного не определѣно», — а обычно говорится: «правовое послѣдствіе X наступаетъ, поскольку нѣтъ («развѣ только есть...») иного соглашенія».

Отсюда вытекаетъ, что не неизмѣненіе, а, наоборотъ, измѣненіе диспозитивной нормы путемъ соглашенія нуждается въ изъясленіи отклоняющейся воли сторонъ.

Такъ, напр., абз. 1 § 271 BGB гласитъ: «Если срокъ исполненія не определѣнъ и его нельзя выяснитъ изъ обстоятельствъ дѣла, кредиторъ можетъ требовать, а должникъ — учинить удовлетвореніе тотчасъ же». Идея этой нормы такова. «Кредиторъ можетъ требовать, а должникъ — учинить удовлетвореніе тотчасъ же, — поскольку сторонами не определѣнъ срокъ для исполненія и таковой не вытекаетъ изъ обстоятельствъ дѣла»³⁾.

gelsberger, Pandecten, I, 696: безусловная сдѣлка «*rechtliche Regel*». Но противъ этого L. Rosenberg, ук. с. 24: Возложеніе бремени доказыванія по *accidentalia negotii* обязано не презумпціи простоты юридической сдѣлки. Ибо презумпція воли можетъ относиться до состава сдѣлки, но не до юридическихъ послѣдствій ея. А *naturalia negotii* суть лишь юридическія послѣдствія, вытекающія изъ существа сдѣлки.

¹⁾ Gautschi, Beweislast und Beweiswürdigung. Zürich. 1913, стр. 352. R. G. Bd. 57, № 11, стр. 46 (здѣсь же литература за и противъ).

²⁾ Beckh, ук. с., 180—187.

³⁾ Beckh, ук. с., 182: то, что вѣрно касательно срока, примѣнимо и къ условію, ибо (какъ доказано выше) безразлично, въ какой мѣрѣ главное заявленіе истца, вслѣдствіе «*accidentalia negotii*» является *aliud*. Вопросъ объ *onus probandi* долженъ быть разрѣшенъ равно ко всѣмъ добавочнымъ определѣніямъ.

Съ точки зрѣнія разсматриваемой конценціи, включеніе въ сдѣлку суспензивнаго условія есть нѣчто ненормальное, патологическое.

Такова — формула Savigny [System, V, 154] и Puchta [Vorlesungen, I, 208]: «Утвержденіе суспензивнаго условія есть утвержденіе особаго порока (Mangels), который долженъ быть доказанъ утверждающимъ». Съ точки зрѣнія этого ученія, условіе разсматривается какъ придатокъ (Zusatz) къ «an und für sich» заключенному договору¹⁾. Ссылка на него есть возраженіе (exceptio), ибо тѣмъ самымъ оспариваются «правовыя послѣдствія, связанныя съ простымъ существованіемъ договора, какъ вышше познаваемого факта»²⁾. Это есть новый фактическии моментъ, «прида-токъ къ факту договора»³⁾. Но безспорно, что тотъ несетъ onus probandi, кто утверждаетъ, что «dass ein im Allgemeinen zugestandenes Versprechen durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt sei» (Savigny, цит. мѣсто)⁴⁾. Въ этихъ случаяхъ итець въ правѣ принять, какъ доказанное, по крайней мѣрѣ, то, что вообще состоялся договоръ (фактъ въ абстракціи!) между имъ и отвѣтчикомъ⁵⁾. И нельзя возражать, что итець не имѣетъ этого права, ибо отвѣтчикъ «оспариваетъ» заключеніе договора. Договоръ купли-продажи съ побочными условіями есть особый подвидъ общаго рода сдѣлокъ «купли-продажи». Но подвидъ не образуетъ противоположенія къ роду, и было бы нелогично сказать: «я отрицаю, что имѣлъ мѣсто договоръ купли-продажи, и утверждаю, что была лишь условная купля-продажа». Ибо условная купля-продажа есть все же купля-продажа!⁶⁾.

¹⁾ Reinhold, ук. с., въ Linde Zeit. f. Ziv. R. und Prozess. XIII, 20; Hänel, ук. с., 387; Gesterding, Arch. Pr. II, 222; Kierulff, Theorie I, 299.

²⁾ Siebenhaar, ук. с., 17, 28, дѣлаетъ такое логическое расчлененіе: мы имѣемъ признаніе, что договоръ, какъ чистый фактъ, действительно существуетъ + существуютъ уговоръ о томъ, что сила (Wirkungen) сдѣлки зависитъ отъ условія.

³⁾ Einert, ук. с. 237. Защита отвѣтника заключается «in dem Aufbringen eines neuen factischen Moments, eines Zusatzes am Facto»... И, вслѣдствіе этого, онъ «nicht als negans, sondern als excipiens dasteht».

⁴⁾ Иное построеніе даетъ Martinius, ук. с., 78. Условіе, время и пр. суть добавленія, которые расширяютъ объемъ договора. Конечно, этии матеріально ограничиваются права итеца. Но это не имѣетъ значенія. «Wir haben hierauf den Vertrag als solchen, nicht auf dessen Wirkungen zu sehen».

⁵⁾ Weber. Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung. Leipzig. 1845, стр. 223.

⁶⁾ Betzinger, ук. с., 181; Einert, ук. с., 193, 245, исходитъ изъ узкаго пониманія смысла слова negare: когда одна сторона прямо опровергаетъ факты, приводимые другой стороной, т. е. въ ясныхъ формахъ отрицанія; — и изъ очень широкаго пониманія слова dicere: «Jede Erwähnung eines Vertrages ist ein dicere». Онъ не признаетъ negatio тамъ, гдѣ оно облакается въ иную форму: утвержденія противорѣчающаго факта».

Все эти соображения говорят за то, что указание ответчика на суспензивное условие есть возражение (*exceptio*), *onus probandi* по коему падает на него же.

II.

Обратимся теперь къ критикѣ изложенной выше (I) «теоріи возраженія» въ ея примѣненіи къ ученію о суспензивномъ условіи.

«Теорія возраженія» рассматриваетъ условіе, какъ придатокъ (*Zusatz*) къ «факту»(!) заключенія договора. Это построеніе обозначаетъ нѣчто чисто формальное въ роли ответчика и не характеризуетъ его содержанія¹⁾. Этотъ «придатокъ» немисленно разграничить отъ собственнаго содержанія договора, которое представляетъ собою одно недѣлимое цѣлое. «Теорія возраженія» исходитъ отъ того явно несостоятельнаго представленія, будто стороны заключаютъ сначала «договоръ» (признанный ответчикомъ), а затѣмъ прибавляютъ къ нему «особыя условія» (какъ послѣдующія «*Gegenwirkungen*»), въ силу коихъ отъ извѣстнаго обстоятельства зависитъ «сила права»²⁾.

Но, на самомъ дѣлѣ, ответчикъ утверждаетъ не присоединеніе условія къ законченному договору, а — изначала условное соглашеніе³⁾. Все, что внесено въ сдѣлку вплоть до заключенія переговоровъ, принадлежитъ къ составу сдѣлки. Вотъ почему недостаточно, если истецъ докажетъ, что заключена какая-то *an sich* дѣйствительная сдѣлка. Его задача не исчерпывается доказательствомъ вообще любой сдѣлки: онъ долженъ доказать ту, изъ которой ищеть.

Съ этой точки зрѣнія надлежитъ обсуждать и «признаніе» ответчика, касательно заключеннаго «договора». «Всобще признанное общаніе» не есть процессуально строго очерченное понятіе⁴⁾.

¹⁾ R. Schneider, ук. с., Bd. IX, 410; Knieriem, ук. с., 68: Съ грамматической точки зрѣнія, заявленіе объ условіи хранить въ себѣ какую то прибавку къ неку, но логически рѣчь идетъ не о прибавкѣ (*Addition*), — а о вычитѣ (*Subtraktion*). Безусловная или несрочная сдѣлка есть логическій *plus*, представленный немногими словами, сравнительно съ условной или срочной сдѣлкой (—логическимъ *minus* омъ). Если *negotium purum* = *a*, *a conditio* = *c*, то утверждаемая ответникомъ сдѣлка = *a—c* (а не = *a+c*) Логически повсюду, гдѣ имѣетъ мѣсто логическій вычетъ, мы говоримъ, съ юридической точки зрѣнія, объ отрицаніи или отрицаніи (*Leugnen*).

²⁾ Leonhard, ук. с., 299.

³⁾ R. Schneider, Bd. IX, 63: «Безусловный и условный договоры стоятъ взаимно, не какъ правило и исключеніе, а какъ перфектный и имперфектный договоры, или какъ два договора съ различнымъ содержаніемъ». Stölzel, ук. с., 142. Здѣсь нѣтъ «*Geschäftsmangel*», а полное отсутствіе сдѣлки! Leonhard, ук. с., 277, 299: «Доказательство заключенія договора невозможно безъ доказательства его содержанія».

⁴⁾ Stölzel, ук. с., 141: «*Im Allgemeinen zugestandenes Versprechen*» ist kein prozessualisch fassbarer Begriff, стр. 166, авторъ приводитъ старое рѣ-

Нельзя признать: «купля продажа заключена», но при умолчаніи о предметѣ, цѣнѣ и другихъ условіяхъ сдѣлки.

Пухта училъ, что условіе въ юридической сдѣлкѣ есть порокъ воли (*ein Mangel des Geschäfts*), а потому его *onus probandi* падаетъ на того, кто на него ссылается¹⁾. Но развѣ существуетъ какая-либо презумпція о томъ, какъ заключена сдѣлка между двумя контрагентами? Въ пользу или за отсутствіе въ договорѣ условія или срока также нѣтъ никакой презумпціи, какъ и нѣтъ предположенія что данный заемъ выше или ниже тысячи рублей²⁾.

Несостоятеленъ и аргументъ, выводимый изъ диспозитивной природы *naturalia negotii*: «отвѣтчикъ, ссылающійся на уклоненіе отъ диспозитивныхъ законовъ, несетъ *onus probandi*». На самомъ дѣлѣ, въ случаѣ спора истецъ долженъ доказать, что соотвѣтствующій пунктъ договора не былъ регулированъ. Ибо, первымъ дѣломъ, вступаетъ въ силу то, о чемъ условились стороны (*L. 11 § 1 D. 19. 1: «quod partibus convenit...»*), и, лишь, если соглашенія не было, вмѣшивается дополняющая правовая норма [...*quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt*]. Такимъ образомъ, соглашеніе нельзя конструировать, какъ исключеніе (уклопеніе) изъ правила (диспозитивной нормы). Ибо всегда общее правило — сила соглашенія, и лишь дополнительно (при отсутствіи соглашенія!) — сила диспозитивнаго права³⁾.

Наконецъ, невѣренъ и аргументъ: «*onus probandi* долженъ падать на того, кто утверждаетъ (отвѣтчикъ), а не на того, кто отрицаетъ (истецъ)». Вѣдь, истецъ ссылается на договоръ вообще (=утвержденіе), а отвѣтчикъ — на условный (=отрицаніе). Истецъ основывается на *perfectum negotium*, отвѣтчикъ ссылается на *non perfectum negotium*. Значитъ — истецъ утверждаетъ, а отвѣтчикъ

шеніе О. А. G. zu Kassel: «Притязаніе опирается не на юридическую сдѣлку «вообще», а на томъ, что между сторонами *in concreto* имѣло мѣсто». R. G. 1884, Gruch. Beitr. XXIX, стр. 730. Въ вопросѣ объ *onus probandi* не важно — принадлежали ли соотвѣтствующие факты къ *essentialia*, *naturalia* или *accidentalia negotii*.

¹⁾ R. Schneider, Bd. IX, 57, опровергаетъ аналогію между ссылкой на условіе и указаніемъ на пороки сдѣлки: недѣеспособность контрагентовъ, заблужденіе и пр. Въ последнемъ случаѣ контрагентъ не отрицаетъ того, что юридическая сдѣлка, съ внѣшней стороны, состоялась. Наоборотъ, при ссылкѣ на условіе, онъ и формально не признаетъ внѣшнюю перфекцію сдѣлки. Здѣсь нѣтъ признанія.

²⁾ Stölzel, ук. с., 166. Юриспруденція не дѣлитъ всѣ сдѣлки на двѣ категоріи: 1) одни — простыя, типичныя, естественныя; 2) другія — особенныя, патологическія. R. Schneider, Bd. IX, стр. 59.

³⁾ Leonhard, ук. с., 292: «Непризнаніе этого обязано ошибочному воззрѣнію, что при диспозитивныхъ нормахъ рѣчь идетъ о конкуренціи между закономъ и волей сторонъ».

отрицает! И съ этой точки зрѣнія, «теорія возраженія» обнаруживаетъ свою несостоятельность.

§ 5. Выводы. Наша точка зрѣнія.

Выше мы изложили ученіе о распредѣленіи бремени доказыванія при ссылкѣ отвѣтчика на включеніе въ сдѣлку суспензивнаго условія, съ точки зрѣнія «теоріи отрицанія» (§ 3) и «теоріи возраженія» (§ 4) и дали критику того и другого научнаго направленія. Прежде чѣмъ перейти къ изложенію нашей точки зрѣнія по этому вопросу, мы должны занять опредѣленную позицію къ спорному ученію объ отношеніи суспензивнаго условія къ перфекціи договора. «Теорія отрицанія» настаиваетъ на томъ, что условный договоръ не есть «perfectum negotium». «Теорія возраженія» не признаетъ такого положенія.

Такъ, L. Rosenberg, ук. с., 32, — представитель теоріи возраженія, — говоритъ: «Надо различать: 1) отвѣтчикъ утверждаетъ, что договоръ заключенъ подъ суспензивнымъ условіемъ, и 2) ...соглашеніе состоялось лишь предварительное и должно превратиться въ настоящій договоръ лишь при наступленіи опредѣленнаго событія, напр. дозволенія третьяго лица»... «Въ послѣднемъ случаѣ нѣтъ суспензивнаго условія, ибо перфекція договора слѣдуетъ впервые лишь послѣ наступленія событія. Непониманіе этого различія дало поводъ къ старому воззрѣнію, что при суспензивномъ условіи нѣтъ будто бы еще перфекціи договора»¹⁾

Мы полагаемъ, что такой аргументъ страдаетъ излишней subtilностью. Такіе типы договоровъ: «я продаю лѣсъ, при условіи, если Лѣсоохранительный Комитетъ дастъ разрѣшеніе на его вырубку», «Я продаю лѣсъ, подъ условіемъ, если мнѣ удастся продать имѣніе въ такой то срокъ», — тождественны по своему внутреннему содержанию. Въ томъ и другомъ случаѣ наступленіе обусловливающаго событія производитъ то, что стороны не могутъ отступить отъ договора. Это значитъ, что: 1) до этого момента стороны связаны (условнымъ) договоромъ, 2) а съ наступленіемъ этого момента опредѣляется связанность содержаніемъ (безусловнаго) договора.

Въ этомъ отношеніи не права «теорія отрицанія», не признающая наличности «*juris vinculum*» условнаго обязательства. Не права и

¹⁾ Замѣтимъ, что самъ авторъ (стр. 31) стираетъ это различіе, возлагая въ обоихъ случаяхъ *onus probandi* на отвѣтчика!

«теорія возраженія», полагающая, что условная сдѣлка есть «*perfectum negotium*»: въ конечномъ результатѣ ссылка отвѣтника на суспензивное условіе есть именно отрицаніе перфектности иско-мой сдѣлки.

Но все же всѣ эти соображенія не имѣютъ рѣшающаго значенія для ученія объ *onus probandi*! Это особенно ясно въ формулировкѣ представителя «теоріи отрицанія» Knieger, ук. с. 63—70. Ссылка на условіе — говорить оны — есть не «plus», а «minus»: «*logische Substraktion*».

Но можно ли противопоставлять грамматическое и логическое содержаніе заявленія? Вѣдь, логическое заключеніе принадлежитъ къ области дѣятельности судьи! А сторона, именно, прибавляетъ, оговариваетъ, приводитъ новые факты, дающіе судѣ матеріаль для конструирования правоотношенія между сторонами. Съ этой точки зрѣнія, въ устахъ отвѣтника мы имѣемъ не готовый «*aliud*» или «логическій минусъ», а именно — плюс!

Безспорно, въ процессѣ сторонамъ надлежитъ утверждать лишь фактическія обстоятельство, на коихъ они основываютъ свои притязанія, а подведеніе ихъ подъ понятія и нормы права есть дѣло независимаго отъ сторонъ судьи. *Da mihi factum, dabo tibi jus!* На практикѣ судѣ обычно преподносится фактический матеріаль уже въ юридически препарированномъ видѣ. Совершенно справедливо замѣчаетъ Brodmann: это не вредитъ дѣлу, покуда между сторонами нѣтъ спора объ этихъ «юридическихъ утвержденіяхъ» (*Begriffsbehauptungen*). «Требовать здѣсь подробнаго изложенія исторіи дѣловыхъ переговоровъ, которое было бы свободно отъ пользованія готовыми юридическими понятіями, было бы бездѣльнымъ и невыносимымъ педантствомъ»¹⁾.

Но разъ возникаетъ споръ, судѣ долженъ строго раздѣлять фактъ и подведеніе его подъ норму: оны долженъ настоять на томъ, что бы стороны дали простой разсказъ о происшедшемъ. Если отвѣтникъ ссылается на суспензивное условіе, оспариваемое истцомъ, недопустимо голословное утвержденіе: оны долженъ показывать, какъ, гдѣ и когда было оговорено объ условіи. Истецъ, съ своей стороны, долженъ дать детальныя показанія о ходѣ переговоровъ. И вотъ, *onus probandi* долженъ пасть на истца или на отвѣтника, — въ зависимости отъ содержанія (т.-е. взаим-

¹⁾ Brodmann, ук. с., 104, 147: «Nur ganz bestimmte konkrete Tatsachen und nicht der begrifflich gefasste Rechtsgrund der Klage der Einrede... Beweisgegenstand sind». Но теорія автора касательно суспензивнаго условія (стр. 97 сл.) весьма неясна.

каго совпаденія или разногласія) показаній сторонъ о ходѣ переговоровъ.

Напр., отвѣтчикъ говорить: «я предложилъ сдѣлку подь суспензивнымъ условіемъ, и продавецъ согласился».

Истецъ: «о суспензивномъ условіи не было и рѣчи».

Здѣсь бремя доказыванія падаетъ на отвѣтника, ибо онъ вводитъ новый фактическій элементъ въ (утверждаемый истцомъ) ходъ переговоровъ, о которомъ истецъ ничего не знаетъ.

Но, если истецъ возражаетъ: «отвѣтчикъ просилъ о суспензивной условіи, но я отказалъ», — бремя доказыванія падаетъ на него — на истца, — ибо, во-первыхъ, отвѣтчикъ, такимъ образомъ, установилъ, что онъ былъ согласенъ заключить сдѣлку лишь подь суспензивнымъ условіемъ. (Вопросъ о томъ, отказался ли онъ отъ этого намѣренія, остается открытымъ.) Во-вторыхъ, надо предположить, что отвѣтчикъ не отказался отъ своего намѣренія заключить именно условную сдѣлку (ибо безусловная ему была ненужна). Въ третьихъ, истецъ вводитъ новый фактическій элементъ въ переговоры: свой отказъ отъ предложенія отвѣтника.

Здѣсь въ особенности умѣстно энергичное матеріальное руководство состязаніемъ со стороны суда, въ формѣ осуществленія права разспроса (ст. 335 Уст. Гражд. Суд.). Судъ долженъ поощрять стороны къ болѣе детальному показанію по отдѣльнымъ стадіямъ ихъ дѣловыхъ переговоровъ.

Подробныя объясненія отвѣтника важны суду и въ дѣлѣ оцѣнки представленныхъ доказательствъ, т.-е. при сужденіи о правдивости утвержденій той или другой стороны. Отвѣтчикъ можетъ доложить суду тѣ обстоятельства, при которыхъ онъ вступилъ въ сдѣлку съ истцомъ, и отсюда можетъ явствовать, что серьезныя хозяйственныя соображенія могли заставить его соглашаться лишь на условную сдѣлку, ибо иная сдѣлка не отвѣчала бы положенію дѣла. Напр., кабатчикъ закупаетъ мебелировку для новой лавки подь условіемъ полученія разрѣшенія на открытіе этой лавки.

Конечно, если въ ходѣ дѣловыхъ переговоровъ включеніе опредѣленія объ условіи послѣдовало, согласно объясненіямъ отвѣтника, не изначала, а позднѣе, то это должно обсуждаться, какъ новый фактъ, вводимый отвѣтникомъ въ состязательный матеріалъ, и *onus probandi* по немъ долженъ лежать на немъ — отвѣтчикѣ, хотя бы истецъ и призывалъ то, что отвѣтчикъ испрашивалъ включеніе условія, но онъ ему отказалъ.

Напр., истецъ спрашиваетъ на судѣ отвѣтника: «Такого то числа не пришелъ ли ты ко мнѣ и не предложилъ ли мнѣ продать тебѣ мою лошадь за 100 рублей?» Отвѣтчикъ: «да!» Истецъ:

Не отвѣтилъ ли я тебѣ, что — хорошо, я согласенъ продать тебѣ лошадь за 100 рублей?» Отвѣтчикъ: «да»

(Въ этотъ моментъ сдѣлка получила, согласно показаніямъ сторонъ, свое завершеніе.) Но отвѣтчикъ продолжаетъ: «Но затѣмъ позднѣе мы прибавили суспензивное условіе». Это утвержденіе должно быть доказано отвѣтчикомъ, такъ какъ къ «negotium perfectum» прибавлено добавочный «factum».

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что ссылка отвѣтника на суспензивное условіе, хотя и есть *an sich* отрицаніе перфектности искомой сдѣлки, все же лежитъ, касательно *onus probandi*, на отвѣтчикѣ, если именно судъ, въ результатъ самаго подробнаго выясненія спорнаго дѣла, установитъ, что въ этой ссылкѣ лежитъ новый законченный этапъ въ ходѣ дѣловыхъ переговоровъ. И обратно: *onus probandi* падаетъ на истца, если онъ вводитъ въ процессъ новыя фактическія утвержденія ¹⁾.

Но что же долженъ доказать истецъ въ случаѣ спора о включеніи суспензивнаго условія? Мы не должны забывать, что въ интересующей насъ проблемѣ и истецъ и отвѣтчикъ выступаютъ съ голыми руками (безъ доказательствъ). Вѣдь, если бы истецъ изначала (документами или свидѣтелями) доказалъ (или могъ бы доказать) искомое «*negotium*», то и самой проблемы не возникало бы! Тогда, конечно, всегда и безусловно *onus probandi* падалъ бы на отвѣтника, по правилу: «истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія» (ст. 366 Уст. Гр. Суд.).

Все ученіе о квалифицированномъ признаніи есть ученіе о разграниченіи области спорнаго и неспорнаго между сторонами и возложеніи *onus probandi* по спорнымъ пунктамъ на ту или другую сторону. Такъ какъ вся проблема получаетъ свою остроту именно потому, что у истца нѣтъ доказательствъ и онъ всецѣло представленъ честности и порядочности своего противника, — мы должны быть крайне осторожными, возлагая *onus probandi* на истца.

Какъ хочетъ бороться истецъ противъ защиты отвѣтника, — это его дѣло. Выше (§ 3, II) мы видѣли, что представители «теоріи

¹⁾ Нельзя придать рѣшающаго значенія тому возраженію которое поднимаетъ въ другомъ порядкѣ идей проф. Б. Поповъ, рец. на книгу Schühly. «Журн. Мин. Юст.» 1912, № 2, стр. 271: «Но спрашивается, во имя какой юридической рациональности распределяются здѣсь *onus probandi* различно въ зависимости отъ большей или меньшей словоохотливости или расчетливости отвѣтника?» Если считаться съ такимъ соображеніемъ, мы ни шагу не могли бы ступить въ изслѣдованіи проблемы объ *onus probandi*, ибо, вѣдь, каждый тяжущійся долженъ доказывать свои утвержденія, а задача суда — озаботиться полнотой процессуальнаго матеріала!

отрицанія» пытаются дать твердыя общіе директивы суду на этотъ случай. Мы полагаемъ, что это излишне и несправедливо. Судья не можетъ потребовать отъ него непременно доказательствъ невѣрности утверждений отвѣтчика, т.-е. доказательствъ того, что соглашенія объ условіи не было. Истецъ можетъ выбрать и иной болѣе простой способъ, пытаясь доказать, что была заключена сдѣлка такъ, какъ онъ это утверждаетъ, но онъ можетъ прибѣгнуть и къ косвеннымъ доказательствамъ того, что утверждения отвѣтчика лживы, т.-е. что условіе не было включено въ сдѣлку ¹⁾. И истцу придется на помощь свободное судейское усмотрѣніе въ дѣлѣ оцѣнки представленныхъ имъ доказательствъ. Отсутствие на сторонѣ отвѣтчика серьезнаго хозяйственнаго интереса во включеніи въ сдѣлку суспензивнаго условія облегчитъ суду разрѣшить вопросъ, на чьей сторонѣ правда ²⁾.

Наконецъ, возникаетъ вопросъ: кто изъ тяжущихся доказываетъ исполненіе условія?

Кассационная практика Правительствующаго Сената выработала такое правило: — исполненіе условія долженъ доказывать тотъ изъ тяжущихся, кто это обстоятельство утверждаетъ ³⁾.

Такого рода положеніе, могущее считаться почти за «*communis opinio doctorum*», вполне совмѣстимо съ требованіями науки. Дѣйствительно, наступленіе условія знаменуетъ возникновеніе одного изъ предположеній утверждаемаго права и должно быть доказуемо, конечно, тѣмъ, кто на это право ссылается.

Но нельзя не согласиться и съ проф. Б. Поповымъ, вносящимъ сюда ограниченіе: *onus probandi* падаетъ на противника, «если

¹⁾ Судья, въ виду объясненія истца, долженъ разсматривать защиту отвѣтчика, какъ опроверженіе искового требованія въ его основѣ. Но какъ, изъ какихъ оставшихся кирпичей будетъ истецъ возстановливать разрушенное отвѣтчикомъ построеніе его иска, — это дѣло истца. Онъ, истецъ, конечно, будетъ руководиться въ отдѣльныхъ случаяхъ соображеніями экономіи, удобства, цѣлесообразности. Во всѣхъ случаяхъ квалифицированнаго признанія изъ «отрицанія основанія иска» истецъ всегда найдетъ нѣчто, что онъ можетъ выудить въ свою пользу и что сбережетъ ему трудъ доказательства.

²⁾ Въ виду того, что, согласно защищаемой нами мысли, показанія истца и отвѣтчика распадаются на рядъ пунктовъ, изъ которыхъ состоитъ цѣль дѣловыхъ переговоровъ контрагентовъ, — вопросъ объ *onus probandi* можетъ возбуждаться лишь по поводу отдѣльныхъ спорныхъ этаповъ этихъ переговоровъ (напр., отсылка истцомъ письма съ отказомъ отъ включенія въ сдѣлку суспензивнаго условія). Это, конечно, упрощаетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ проблему.

³⁾ К. Р. 1873—16. Отвѣтчикъ продалъ заложенные у него акціи истца, ссылаясь на исполненіе условія: «если курсъ упадетъ». К. Р. 1873—434. Истецъ (касса Ремесл. собранія) требовало, въ силу соглашенія, съ отвѣтчика пополненія дефицита. Недостатокъ денегъ доказываетъ онъ, истецъ. К. Р. 1876—134. Даритель = истецъ долженъ доказать что условіе не выполнено одареннымъ. Ср. еще К. Р. 1878—51 и др.

по обстоятельствамъ дѣла противнику не является болѣе удобнымъ и легкимъ установить противоположный фактъ (собственное дѣйствіе, состояніе собственнаго имущества и пр.). «Мотивировка понятна: потому что каждому легче всего доказать собственное дѣйствіе, такъ какъ удобнѣе и естественнѣе позаботиться о наличности соотвѣствующихъ доказательствъ въ моментъ совершенія его» [Распределеніе доказательствъ стр., 238].

Т. Яблочковъ.

Въ защиту, т. н., натуральной системы железнодорожныхъ тарифовъ ¹⁾).

Характерной особенностью железнодорожной тарификаціи является большое разнообразіе отдѣльныхъ ставокъ. За перевозку единицы груза на единицу разстоянія, съ пудо-версты или тонно-мили взимается самая разнообразная плата; при этомъ цѣна транспорта варьируетъ въ зависимости отъ самыхъ разнообразныхъ условий: отъ качества, количества и цѣнности груза, отъ характера упаковки, отъ разстоянія, скорости и направленія груза, даже личность грузоотправителя служить, какъ извѣстно, иногда основаніемъ для пзмѣненія провозной платы.

Какой сложный характеръ принимаютъ порой железнодорожные тарифы, видно хотя бы изъ того, что въ одномъ сѣверо-американскомъ железнодорожномъ предпріятіи одновременно дѣйствовало болѣе 15000 отдѣльныхъ тарифныхъ ставокъ²⁾. Правда, Соединенные Штаты занимаютъ первое мѣсто въ этомъ отношеніи, но и въ Европѣ железнодорожные тарифы отличаются также большой сложностью и многообразіемъ. Не говоря уже объ Англии, гдѣ подобно Америкѣ существуетъ колоссальное количество отдѣльныхъ тарифныхъ ставокъ³⁾, даже въ Германіи, которая одно время дѣлала рядъ серьезныхъ попытокъ въ сторону унификаціи тарифовъ, теперь существуетъ очень много изыятій изъ общихъ тарифныхъ схемъ и формулъ⁴⁾.

¹⁾ Докладъ, прочитанный въ обществѣ имени А. И. Чупрова 29 апрѣля 1916 г.

²⁾ W. Z. Ripley, Railroads Rates and Regulation. New Edition 1913 г. 155 стр. — На всей железнодорожной сѣти Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ число отдѣльныхъ тарифныхъ ставокъ достигало въ 1907 г. внушительной цифры 220982.

³⁾ Въ Англии нѣтъ общихъ поверстныхъ тарифныхъ формулъ, а дѣйствуютъ такъ называемые табличные тарифы, которые даютъ провозную плату отъ каждой данной станціи до всѣхъ остальныхъ. Ср. W. M. Acworth: The Elements of Railway Economics Third Impression 1911 г. стр. 119, 126.

⁴⁾ Болѣе 60% всѣхъ грузовъ перевозятся здѣсь по такъ называемымъ «исключительнымъ» тарифамъ. См. К. Я. Загорскій, Железнодорожные тарифы въ Россіи и Германіи. 1914 г., 7 стр.

Такое многообразіе тарифных ставок объясняется отчасти тѣмъ, что расходы по перевозкѣ отдѣльных категорій грузовъ бываютъ различны. По вычислениямъ Albert'a Fink'a въ зависимости отъ условій перевозки стоимость тонно-мили можетъ падать до $\frac{1}{7}$ цента и возрастать до 73 центовъ¹⁾. Такимъ образомъ издержки перевозки могутъ варьировать въ предѣлахъ отъ 1 до 500. Конечно такія различія въ себѣстоимости могутъ и въ дѣйствительности находить отраженіе въ желѣзнодорожныхъ тарифахъ. За провозъ, напримѣръ, громоздкихъ товаровъ, берется болѣе высокая плата потому, что, вслѣдствіе неполнаго использованія подъемной силы вагона ихъ перевозка обходится дороже. Большая стоимость перевозки является также рѣшающимъ моментомъ при повышеніи тарифныхъ ставокъ на мелкія отправленія или на скоропортящіеся грузы.

Высшій тарифный органъ Соединенныхъ Штатовъ, обсуждая вопросъ о тарифахъ на клубнику, пришелъ къ заключенію²⁾, что здѣсь должны быть относительно очень высокія ставки. Вдоказательство этого были приведены слѣдующія основанія: перевозка этого груза требуетъ охлажденія въ пути, быстрого транзита, наряда специальныхъ поѣздовъ и скорой выдачи въ мѣстѣ назначенія. Съ этой транспортной услугой сопряжено поэтому проталкиваніе вагоновъ и уменьшеніе длины поѣзда для обезпеченія быстроты, неполная нагрузка вагоновъ и возвращеніе ихъ порожнемъ, а также особыя хлопоты въ мѣстахъ пріема и выдачи груза. Все это значительно увеличиваетъ стоимость перевозки и потому должно найти себѣ отраженіе въ тарифѣ.

Хотя конечно различія въ стоимости транспорта играютъ роль при установленіи тарифовъ, но все же при объясненіи существующаго многообразія тарифныхъ ставокъ нельзя придавать этому моменту рѣшающаго значенія. Въ практикѣ тарифнаго дѣла извѣстно много случаевъ, гдѣ измѣненія стоимости перевозки не оказываетъ никакого вліянія на величину провозной платы. Такъ, напримѣръ, не подлежитъ сомнѣнію, что чѣмъ больше разстояніе, тѣмъ больше абсолютно издержки перевозки, однако на практикѣ очень часто бываетъ, что разстояніе не оказываетъ никакого вліянія на величину провозной платы. За перевозку мелака въ Нью-Йоркѣ взималась, напримѣръ, одна цѣна въ предѣлахъ 335-мильной зоны³⁾. Наконецъ за болѣе разстояніе взимается иногда абсолютно меньшая плата. На одной англійской желѣзной

¹⁾ Acworth, l. c. 141 и слѣд. стр.

²⁾ Цитир. A. C. Pigou. Wealth and Welfare. 1912. 221 стр.

³⁾ M. B. Hammond. Railway Rate Theories of the Interstate Commerce Commission. Quarterly Journal of Economics. v. XXV. 309 стр.

дорогѣ за провозъ тонны мяса на разстояніе 150 миль взимается 40 шиллинговъ, а за перевозку мяса еще на 40 миль дальше взимается 15 шиллинговъ меньше¹⁾. Никакими различіями въ стоимости перевозки не объяснить, почему шелкъ перевозится во много разъ дороже, чѣмъ каменный уголь или дрова, почему дешевые предметы массоваго потребленія обычно перевозятся по пониженнымъ тарифамъ.

Объясненіе этому надо искать въ томъ, что такіе грузы не выдерживаютъ высокихъ ставокъ, и желѣзныя дороги, заинтересованныя въ привлеченіи этихъ грузовъ, вынуждены бываютъ понижать для нихъ тарифы. Устанавливая провозную плату, желѣзныя дороги стремятся приспособить ее къ платежной способности отдѣльныхъ категорій грузовъ, и этимъ объясняется большинство существующихъ различій въ отдѣльныхъ тарифныхъ ставкахъ.

Въ этомъ коренное отличіе цѣны желѣзно-дорожнаго транспорта отъ цѣны другихъ благъ. Фабрикантъ или торговецъ обычно не мѣняетъ своей продажной цѣны въ зависимости отъ платежной способности отдѣльнаго покупателя. Хлѣбъ продается по одной цѣнѣ и нищему и повару милліонера. Но желѣзная дорога съ того, кто болѣе заинтересованъ въ перевозкѣ и можетъ больше заплатить, беретъ и болѣе высокую плату.

Почему желѣзная дорога имѣетъ эту возможность? Какова экономическая природа тарификаціи по платежоспособности? Выясненіе этихъ вопросовъ и составитъ предметъ моего доклада. Но прежде нѣсколько словъ объ особенностяхъ структуры желѣзно-дорожнаго предпріятія.

Особенностью желѣзнодорожнаго транспорта является то, что значительная часть расходовъ, необходимыхъ для его осуществленія, совершенно не зависитъ отъ размѣровъ движенія. Около 70% издержекъ желѣзнодорожнаго транспорта имѣютъ постоянный характеръ. Не говоря уже о такихъ расходахъ, какъ платежи процентовъ по займамъ, даже значительная часть расходовъ эксплуатаціи совершенно не зависитъ отъ размѣровъ движенія. Желѣзнодорожный путь и сооруженія требуютъ постояннаго ремонта, и этотъ ремонтъ въ значительной части не зависитъ отъ выполняемой дорогой работы. Путь заносится снѣгомъ и размывается дождями; шпалы гниютъ отъ времени; строенія постепенно приходятъ въ ветхость. На нашихъ дорогахъ, по авторитетному заявленію профессора Ю. Ломоносова²⁾, по крайней мѣрѣ 65%

¹⁾ Asworth, l. c., 55 стр.

²⁾ Научная проблема эксплуатаціи желѣзныхъ дорогъ. 2-ое изданіе. 1914 г. 122 стр. Ср. Ripley, l. c. 51 стр. и слѣд. Asworth, l. c. 27 и слѣд. стр.

всѣхъ расходовъ на содержаніе и ремонтъ пути и сооруженій совершенно не зависятъ отъ размѣровъ движенія.

Другіе расходы эксплуатаціи конечно больше зависятъ отъ интенсивности движенія, но и здѣсь постоянные расходы играютъ очень большую роль. Даже въ расходахъ на топливо постоянный элементъ достигаетъ очень внушительной величины. Отъ 30 до 50% расходовъ на отопленіе паровоза не зависитъ отъ количества перевозимаго въ поѣздѣ груза¹⁾. Объясняется это тѣмъ, то значительная часть механической силы затрачивается на передвиженіе самого паровоза и вагоновъ. Эта работа должна быть выполнена все равно, идетъ ли поѣздъ порожнемъ или съ полной нагрузкой. Кромѣ этого не надо упускать изъ виду, что сжиганіе топлива обусловлено не только выполненіемъ самой работы, но и необходимостью поддерживать такъ называемое тепловое равновѣсіе котла и, конечно, затрата топлива на «держаніе пара» совершенно не зависитъ отъ того, сколько полезнаго груза тащитъ паровозъ.

Обычно считаютъ, что около половины расходовъ эксплуатаціи и отъ $\frac{2}{3}$ до $\frac{3}{4}$ всѣхъ совокупныхъ издержекъ желѣзнодорожнаго транспорта совершенно не зависятъ отъ размѣра движенія²⁾. Такимъ образомъ сокращеніе движенія не уменьшаетъ значительной части желѣзнодорожныхъ расходовъ, а увеличеніе движенія относительно мало увеличиваетъ эти расходы. Это обстоятельство имѣетъ очень большое значеніе для желѣзнодорожнаго хозяйства, въ особенности для построенія желѣзнодорожныхъ тарифовъ.

Когда предприниматель рассчитываетъ minimum цѣны, по которой онъ съ выгодой для себя могъ бы взять выполненіе какого-нибудь заказа, онъ стремится опредѣлить величину тѣхъ добавочныхъ расходовъ, которые вызоветъ выполненіе даннаго заказа, или такъ называемыя спеціальныя издержки (prime cost по терминологіи Маршалла). По всякой цѣнѣ, превышающей эти издержки, ему выгодно въ этотъ заказъ, чѣмъ отъ него отказаться. Чѣмъ ниже спеціальныя издержки, тѣмъ ниже въ крайнемъ случаѣ можетъ опуститься цѣна. На желѣзной дорогѣ спеціальныя издержки отдѣльныхъ перевозокъ достигаютъ иногда ничтожной величины³⁾ и этимъ объясняется экономическая воз-

¹⁾ Riplye. I. c., 54 стр.

²⁾ Для русскихъ желѣзныхъ дорогъ, по мнѣнію К. Я. Загорскаго, около 73%. Теорія желѣзнодорожныхъ тарифовъ. 1901. 32 стр.

³⁾ Правленіе Юго-Восточныхъ желѣзныхъ дорогъ, ходатайствуя о пониженіи тарифа на чугунъ отъ станціи Чугунъ этихъ дорогъ до станціи Царицынъ, указывало на то, что собственные ихъ расходы по перевозкѣ чугуна въ этомъ направленіи не превышаютъ 0,001—0,002 коп. съ пудо-версты, такъ какъ здѣсь можно утилизировать обратное движеніе порожнихъ вагоновъ. К. Я. Загорскій. Наша желѣзнодорожная тарифная политика. 1910 г., стр. 60.

возможность для желѣзной дороги перевозить нѣкоторые грузы за минимальную плату.

Благодаря этому желѣзные дороги съ успѣхомъ могутъ бороться съ такими дешевыми видами транспорта, какъ морское и рѣчное судоходство. При конкуренціи желѣзной дороги съ водными сообщениями провозная плата въ случаѣ надобности понижается до уровня специальныхъ издержекъ. То же происходитъ и при конкуренціи желѣзныхъ дорогъ между собою. Провозная плата въ этомъ случаѣ можетъ спуститься до того, что будетъ покрывать только тѣ расходы, которые обусловлены самимъ выполненіемъ движенія и не будетъ ничего оставлять для возмѣщенія общихъ издержекъ или постоянныхъ, независящихъ отъ движенія, расходовъ желѣзнодорожнаго предпріятія¹⁾.

Однако не нужно думать, что пониженіе цѣны транспорта до minimum'a возможно только при конкуренціи. Практика тарифнаго дѣла показываетъ, что желѣзные дороги даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онѣ пользуются монополіей, добровольно устанавливаютъ цѣну на очень низкомъ уровнѣ.

Нѣкоторые писатели по желѣзнодорожнымъ вопросамъ²⁾ видѣли причину добровольнаго пониженія цѣны транспорта въ томъ, что желѣзнодорожное предпріятіе подчинено закону убывающихъ издержекъ, или закону возрастающей доходности (law of increasing returns). Чѣмъ больше движеніе, тѣмъ ниже издержки перевозки. Повышеніе тарифа, сокращая движеніе, увеличиваетъ стоимость перевозки, и это заставляетъ желѣзную дорогу держать провозную плату на низкомъ уровнѣ.

Нельзя конечно отрицать, что монополистъ, устанавливая цѣну, долженъ принимать во вниманіе и условія производства. Когда увеличеніе производства приводитъ къ уменьшенію себѣстоимости, монополистъ менѣе склоненъ ограничивать предложеніе. Но все же рѣшающее значеніе имѣетъ здѣсь эластичность спроса. При извѣстной эластичности транспорта желѣзной дорогъ можетъ быть невыгодно увеличеніе движенія, если только оно обусловлено пониженіемъ цѣны. Въ литературѣ отмѣчались случаи добровольнаго отказа желѣзныхъ дорогъ отъ увеличенія движенія³⁾.

¹⁾ Временно провозная плата можетъ опуститься даже ниже специальныхъ издержекъ, если есть вѣроятность такимъ путемъ добиться рѣшительной побѣды надъ противникомъ.

²⁾ Ср. v. Weichs, Ueber das Wesen und die Grundlagen der Eisenbahngütertarife. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft B. 49. 1893 г., 42 и слѣд. стр. Hermann, Eisenbahntarifwesen. Handwörterbuch der Staatswissenschaften, III Auflage B. III, 884 и слѣд. стр.

³⁾ См. напр. C. Colson. Transports et Tarifs. III Edition 1908 г., 664 стр.

Существованіе низкихъ тарифовъ объясняется не тѣмъ, что осуществленіе желѣзнодорожнаго транспорта подчинено закону убывающихъ издержекъ, а тѣмъ, что желѣзная дорога за перевозку различныхъ категорій грузовъ можетъ брать различную плату. Она въ своихъ дѣйствіяхъ не связана единствомъ цѣны. Въ этомъ отношеніи ея положеніе апалогично положенію театральнаго антрепренера, который можетъ пускать въ свой театръ людей за различную плату. Съ посѣтителя галерки онъ беретъ нѣсколько десятковъ копеекъ, а за мѣсто въ первомъ ряду кресель десять рублей и болѣе. И точно также желѣзная дорога, одни грузы везетъ по высокому тарифу, другіе грузы, которые не выдерживаютъ большой провозной платы, перевозитъ за минимальную плату, едва покрывающую спеціальныя издержки ихъ перевозки.

Если бы владѣльца театра обязать за посѣщеніе театра брать одну плату, то онъ, не взирая на сокращеніе числа посѣтителей, навѣрно бы уничтожилъ рядъ дешевыхъ мѣстъ. Точно также и желѣзная дорога, если бы ее заставить возить всѣ грузы по одному тарифу, навѣрное установила бы, не взирая на повышеніе отъ сокращенія движенія себѣстоимости, провозную плату на такой высотѣ, которая сдѣлала невозможнымъ перевозку ряда грузовъ, которые раньше поступали на желѣзную дорогу благодаря исключительно дешевымъ тарифамъ.

Возможность разнообразить провозную плату и приспособлять ее къ платежеспособности груза является весьма дѣйствительнымъ средствомъ увеличенія желѣзнодорожнаго дохода, и въ то же время это увеличиваетъ желѣзнодорожное движеніе¹⁾. Потому понятно, что среди писателей по желѣзнодорожнымъ вопросамъ принципъ построенія тарифовъ по платежеспособности груза, или по цѣнности транспортной услуги пользуется очень большимъ сочувствіемъ. Единственнымъ раціональнымъ основаніемъ тарифа можетъ служить лишь цѣнность транспортной услуги, говорить, выражая общепринятый взглядъ, К. Я. Загорскій²⁾. Съ этимъ нельзя согласиться.

Конечно, для желѣзной дороги такая тарификація безусловно является самой выгодной, это вѣрный путь къ полученію *maximum'a* чистаго дохода, но для общества она можетъ оказаться вредной, такъ какъ можетъ приводить къ искусственному ограниченію желѣзнодорожнаго движенія, къ уменьшенію полезной

¹⁾ Конечно только по сравненію съ тѣмъ движеніемъ, которое имѣло бы мѣсто при однообразныхъ тарифахъ, построенныхъ по принципу монопольной цѣны. См. объ этомъ ниже.

²⁾ Наша желѣзнодорожная тарифная политика. 54 стр.

работы желѣзныхъ дорогъ. Но для доказательства этого необходимо выяснитъ, въ чемъ заключается экономическая природа тарификаціи по платежеспособности.

Нѣкоторые теоретики, анализируя природу тарификаціи по платежеспособности, исходили изъ аналогіи между желѣзнодорожнымъ тарифомъ и налогомъ. Какъ въ основѣ обложенія коренится желаніе наиболѣе справедливо распредѣлить между отдѣльными плательщиками бремя государственныхъ расходовъ, такъ и при построении тарифовъ желѣзными дорогами руководить то же стремленіе. Бремя желѣзнодорожныхъ расходовъ онѣ стремятся приспособить къ силѣ тѣхъ плечъ, на которыя оно ложится. Такимъ образомъ здѣсь въ объясненіе приводится не экономическое, а этическое основаніе.

Среди руководящихъ теоретиковъ желѣзнодорожнаго хозяйства эта точка зрѣнія не пользуется кредитомъ¹⁾. Для современной теоріи желѣзнодорожный тарифъ одинъ изъ видовъ цѣны. И не въ теоріи налоговъ, а въ общей теоріи цѣнности надо искать объясненіе всѣмъ тѣмъ особенностямъ, которыми отличается цѣна желѣзнодорожнаго транспорта отъ цѣнъ остальныхъ товаровъ.

Въ современной теоріи намѣчаются двѣ основныхъ точки зрѣнія на природу тарификаціи по платежеспособности: приспособленіе провозной платы къ платежеспособности грузовъ вытекаетъ изъ того, что желѣзная дорога по существу монопольное предпріятіе и можетъ поэтому по своему усмотрѣнію разнообразить цѣны. Желѣзнодорожный тарифъ одинъ изъ видовъ монопольной цѣны, говорятъ одни. Помнянію другихъ²⁾ приспособленіе желѣзнодорожныхъ тарифовъ къ платежеспособности грузовъ вытекаетъ изъ особенностей осуществленія желѣзнодорожнаго транспорта. Отдѣльныя категоріи транспорта, говорятъ они, осуществляются всегда совмѣстно съ другими. По желѣзной дорогѣ одновременно идетъ и пассажирское и грузовое движеніе, въ одномъ поѣздѣ перевозятся одновременно десятки, если не сотни различныхъ товаровъ. Поэтому желѣзная дорога не можетъ знать, какая часть издержекъ перевозки должна быть отнесена на отдѣльныя категоріи транспорта. Она не можетъ сказать, во что обходится ей перевозка сажени дровъ или пуда мануфактуры, что стоитъ ей пассажиръ перваго или втораго класса.

Въ этомъ отношеніи желѣзная дорога похожа на такое пред-

¹⁾ См. интересные критическія замѣчанія у Тауссига. *A Contribution to the Theory of Railway Rates. Quarterly Journal of Economics*, v. V. 438 и слѣд. стр.

²⁾ Представителемъ этой точки зрѣнія является Тауссигъ.

пріятіе, въ которомъ въ результатѣ одного процесса производства получается нѣсколько различныхъ продуктовъ. Такъ въ сельскомъ хозяйствѣ одновременно съ производствомъ зерна получается и солома, въ производствѣ льна получается и льняное сѣмя; производство газа даетъ и коксъ. Предприниматель не знаетъ, во что обходится ему каждый изъ этихъ отдѣльныхъ продуктовъ совместнаго производства, а потому при установленіи продажной цѣны долженъ руководиться исключительно спросомъ. На тотъ продуктъ, на который существуетъ болѣе интенсивный спросъ, онъ назначаетъ и болѣе высокую цѣну. И точно также поступаетъ и желѣзная дорога. Шелкъ она везетъ по высокому тарифу, а дрова по низкому, такъ какъ на перевозку дровъ не было бы спроса при высокихъ тарифахъ, а шелкъ можетъ выдерживать и очень большую провозную плату.

Такимъ образомъ по мнѣнію сторонниковъ этой точки зрѣнія, цѣна желѣзнодорожнаго транспорта частный случай цѣны обширной категоріи благъ, имѣющихъ совместныя, нераздѣльныя издержки производства (*joint cost*). Посмотримъ, правильно ли это утверждение. Обладаетъ ли желѣзнодорожный тарифъ всѣми характерными особенностями цѣны продуктовъ совместнаго производства¹⁾?

Характерной особенностью цѣны этой категоріи предметовъ является то, что цѣна одного изъ продуктовъ совместнаго производства стоитъ въ тѣсной зависимости отъ цѣны другого²⁾. Чѣмъ выше цѣна газа, тѣмъ дешевле продается коксъ³⁾. По мнѣнію многихъ теоретиковъ желѣзнодорожнаго хозяйства между отдѣльными тарифными ставками существуетъ такая же зависимость. Пониженіе провозной платы для одной категоріи грузовъ требуетъ повышения ея для другихъ грузовъ. Такъ, по заявленію Риплея, тарифы мѣстнаго сообщенія становятся дороже, благодаря дешевизнѣ дальнихъ сообщеній⁴⁾.

Нельзя отрицать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ между отдѣльными

¹⁾ См. Pigoу, I. c., 215 и слѣд., а также его полемику съ Тауссигомъ. *Quarterly Journal of Economics*. 1912—1913 г. v. XXVII.

²⁾ О цѣнѣ продуктовъ совместнаго производства см. A. Marshall. *Principles of economics*. Sixth edit. 1910. B. V, ch. 6. Taussig. *Principles of Economics*. B. II, ch. 16.

³⁾ Въ Англіи, гдѣ населеніе питается привознымъ хлѣбомъ, относительно мало производится соломы. Цѣна ея высока, «and the farmer who grows wheat looks to the straw for a great part of the value of the crop». Marshall, I. c., 389 стр.

⁴⁾ L. c., 161 стр. Ср. Д. И. Пихно, Желѣзнодорожные тарифы. 1888 г. 156, 232 стр. Другіе образцы подобныхъ же сужденій приводитъ Edgeworth. *Contribution to the Theory of Railway Rates*. *Economic Journal*, v. XXII, 1912 г., 208 и слѣд. стр.

тарифными ставками существует точно такая же зависимость, какъ и между цѣною отдѣльныхъ продуктовъ совмѣстнаго производства. Подобно тому какъ вздорожаніе льняного сѣмени удешевляетъ ленъ, точно также повышеніе тарифа въ обратномъ направленіи даетъ возможность понизить его въ прямомъ¹⁾. Мнѣ приходилось уже указывать, что при опредѣленіи *minimum'a* цѣны предприниматель соображается только съ величиной специальныхъ издержекъ, а въ опредѣленіе специальныхъ издержекъ провоза груза, напримѣръ изъ Москвы въ Харьковъ, входятъ и расходы по доставкѣ вагоновъ обратно изъ Харькова въ Москву. Поэтому если желѣзная дорога имѣетъ обратные грузы, то она можетъ дешевле вести въ прямомъ направленіи.

Однако относительно большинства другихъ категорій транспорта такой зависимости установить нельзя. Мы не можемъ сказать, чтобы пониженіе тарифа на уголь, повышало бы ту предѣльную цѣну, по которой экономически возможно осуществленіе перевозки хлѣба. Желѣзной дорогѣ при установленіи тарифа на хлѣбъ нѣтъ никакого дѣла до того, по какой цѣнѣ она перевозитъ каменный уголь. Если она на каменномъ углѣ можетъ выручить больше того, что стоитъ ей его перевозка²⁾, то это не заставитъ желѣзную дорогу возить хлѣбъ ниже специальныхъ издержекъ его перевозки. Съ другой стороны никакой тарифъ на каменный уголь не заставитъ желѣзную дорогу отказаться отъ такихъ условій перевозки хлѣба, которыя покрываютъ обусловленные этой перевозкой специальные расходы.

Такимъ образомъ одной отличительной черты цѣны продуктовъ совмѣстнаго производства — взаимной зависимости цѣнъ — мы не находимъ или, точнѣе, не всегда находимъ въ цѣнѣ желѣзно-дорожнаго транспорта.

Не находимъ мы и другой отличительной черты. Если спросъ на отдѣльные продукты совмѣстнаго производства не тождественъ по своему характеру, то цѣна этихъ продуктовъ всегда установится на различномъ уровнѣ. Ленъ и льняное сѣмя, хлѣбъ и солома, мясо и кожа, газъ и коксъ, всегда будутъ имѣть различныя цѣны. Но нѣтъ никакого экономического основанія, вынуждающаго желѣзную дорогу, всегда возить, напр. сахаръ и дрова по различнымъ тарифамъ. Если бы существовала сильная конкуренція въ желѣзнодорожномъ транспортѣ, то для большинства грузовъ

¹⁾ Если существуетъ конкуренція въ транспортѣ, то она заставитъ понизить этотъ тарифъ.

²⁾ Я имѣю ввиду не совокупныя, а только специальные издержки перевозки угля.

установились бы однообразныя тарифныя ставки¹⁾; различія въ платежной способности груза не могли бы въ этомъ случаѣ являться основаніемъ для дифференціаціи тарифныхъ ставокъ.

Пояснимъ это на какомъ-нибудь примѣрѣ. Положимъ, между двумя станціями А и В перевозятся два груза: дрова и сахаръ; спеціальныя издержки перевозки и того и другого груза, предположимъ, одинаковы и равны $\frac{1}{100}$ копейки съ пудо-версты. Такъ какъ транспортная платежная способность дровъ въ данномъ направленіи невелика, то желѣзная дорога вынуждена будетъ установить для нихъ очень низкій тарифъ, положимъ, около $\frac{1}{100}$ копейки. Но за перевозку сахара она назначитъ высокую цѣну — $\frac{1}{20}$ копейки. Положимъ, эти двѣ станціи соединяются какимъ-нибудь другимъ желѣзнодорожнымъ путемъ и между этими двумя сообщеніями начинается конкуренція. Понизить тарифъ на дрова желѣзныя дороги не могутъ; перевозка дровъ и раньше едва покрывала спеціальныя издержки. Но тарифъ на сахаръ подъ вліяніемъ соперничества начнетъ падать, и это паденіе при интенсивной борьбѣ дойдетъ до уровня спеціальныхъ издержекъ, т.-е. до $\frac{1}{100}$ копейки. Дорога начнетъ и сахаръ и дрова возить по одному тарифу.

Такимъ образомъ въ желѣзнодорожномъ тарифѣ мы не находимъ характерныхъ признаковъ цѣны продуктовъ совместнаго производства, а съ другой стороны мы видимъ, что измѣненіе отношенія желѣзной дороги къ рынку, возникновеніе конкуренціи, можетъ заставить дорогу, не взирая на различную платежеспособность грузовъ, установить для нихъ однообразную провозную плату. Отсюда можно заключить, что объясненіе тарификаціи по платежеспособности надо искать не въ особенностяхъ самого процесса осуществленія транспорта, какъ думаютъ сторонники разбираемой точки зрѣнія, а въ томъ особомъ положеніи, которое занимаетъ желѣзная дорога, какъ продавецъ транспортныхъ услугъ.

Дѣйствительно, въ громадномъ большинствѣ случаевъ желѣзная дорога обладаетъ монополіей, если не транспорта вообще, то монополіей наиболѣе дешеваго и совершеннаго транспорта, и, какъ монополистъ, она можетъ устанавливать цѣну по своему усмотрѣнію; она можетъ продавать свои услуги по различной цѣнѣ различнымъ покупателямъ²⁾. Возможность разнообразить тарифы является весьма дѣйствительнымъ средствомъ увеличенія монопольнаго барыша; это открываетъ желѣзной дорогѣ возможность

¹⁾ Ср. Pigou, Quarterly Journal of Economics v. XXVII, 535 стр.

²⁾ Кромѣ монополіи для этого должны быть на лицо и нѣкоторыя другія условія. Объ этомъ см. Pigou, Wealth and Welfare, 192 и слѣд. стр.

присвоить въ свою пользу значительную долю такъ называемаго потребительскаго излишка или ренты (consumers'surplus — Marshall'a). Пояснимъ это на какомъ нибудь примѣрѣ.

Положимъ изъ города А въ городъ В проведена желѣзная дорога, по которой въ этомъ направленіи идутъ два груза: сахаръ и дрова. Общія, независящія отъ размѣровъ движенія издержки 1000, спеціальныя издержки по расчету на единицу груза 10. Положимъ, зависимость между провозной платой, размѣрами перевозокъ и чистой выручкой отъ перевозокъ (валовой доходъ минусъ спеціальныя издержки перевозки) для каждаго изъ этихъ двухъ грузовъ выражается слѣдующими числами:

Сахаръ.							
провозная плата	19	18	16	14	13	12	11
количество пудо-версть	—	400	600	800	900	1000	1100
чистая выручка	—	3200	3600	3200	2700	2000	1100

Дрова.					
провозная плата	14	13	12	11	10
количество пудо-версть	—	100	200	300	300
чистая выручка	—	300	400	300	—

Если бы желѣзная дорога должна была возить всѣ грузы по одному тарифу, то она, совершенно отказавшись отъ перевозки дровъ, подняла бы провозную плату до 16. Движеніе отъ этого сильно бы сократилось, но все же это было бы выгодно желѣзной дорогѣ, такъ какъ при такомъ тарифѣ она получила бы за покрѣтѣмъ общихъ издержекъ перевозки (1000) наибольшій чистый доходъ — 2600. Но такъ какъ желѣзная дорога можетъ съ различныхъ товаровъ брать различную провозную плату, то она, оставляя прежній тарифъ для сахара, назначить 12 за перевозку дровъ¹⁾, и это дастъ ей возможность увеличить свой чистый доходъ до 4000. 3600 она заработаетъ на перевозкѣ сахара и 400 дастъ ей перевозка дровъ.

Если бы она не была стѣснена въ личныхъ рефакціяхъ, то она разбила бы всѣхъ грузоотправителей сахара на двѣ категоріи, съ однихъ она брала бы за перевозку 16, а съ другихъ 13. Это дало бы ей возможность заработать на сахарѣ не 3600, а 4500. И чѣмъ больше бы она дифференцировала цѣну, тѣмъ больше становился бы ея монопольный барышъ²⁾.

¹⁾ Притомъ именно 12, не больше и не меньше этого.

²⁾ Въ эту послѣднюю группу она отнесла бы всѣхъ тѣхъ грузоотправителей сахара, которые совершенно отказывались бы отъ перевозки сахара при тарифѣ 16.

³⁾ На нашемъ примѣрѣ легко убѣдиться, насколько съ теоретической точки зрѣнія неправиленъ отмѣченный уже выше взглядъ о взаимной обусло-

Существующее многообразіе тарифных ставок объясняется, главным образом, стремленіем желѣзныхъ дорогъ взять съ своихъ кліентовъ все, что они могутъ заплатить за перевозку и, такимъ образомъ, увеличить свой доходъ за счетъ такъ называемой ренты потребителей или той пользы, которую извлекаютъ отъ перевозки лица, обслуживаемыя желѣзной дорогой. Такая погоня за потребительской рентой встрѣчается не только въ транспортномъ дѣлѣ. Районированіе цѣнъ синдикатами и дешевыя продажи за границу, различная оплата электрической энергіи, въ зависимости отъ того утилизируется ли она для освѣщенія или для производства, пониженіе платы за телефонъ при установкѣ его въ частной квартирѣ — все это явленія по своей природѣ вполнѣ аналогичныя желѣзнодорожной тарификаціи¹⁾.

Теперь мы можемъ перейти къ вопросу о народно-хозяйственномъ значеніи различныхъ системъ желѣзнодорожныхъ тарифовъ. Среди различныхъ возможныхъ критеріевъ народно-хозяйственной цѣнности какого-нибудь явленія одно изъ первыхъ мѣстъ безусловно принадлежитъ критерію *maximum'a* народного производства. Все, что содѣйствуетъ лучшему использованию производительныхъ средствъ страны и росту богатства, соответствуетъ и интересамъ всего общественнаго цѣлаго²⁾. Если съ такимъ критеріемъ подойти къ оцѣнкѣ различныхъ системъ желѣзнодорожныхъ тарифовъ, то надо признать, что съ точки зрѣнія «чистой» теоріи изъ двухъ возможныхъ принциповъ построенія желѣзнодорожныхъ тарифовъ — тарификація по цѣнности и по стоимости перевозки — предпочтеніе должно быть отдано послѣдней.

Честь реабилитаціи такъ называемой натуральной системы желѣзнодорожныхъ тарифовъ принадлежитъ ученику и замѣстителю Маршалла по кафедрѣ въ Кембриджѣ Pigou. Онъ съ удивительнымъ проникновеніемъ въ сложнѣйшія теоретическія проблемы показалъ, что не приспособленіе тарифа къ цѣнности транспортной услуги, какъ обычно думаютъ, а установленіи тарифа по себѣ стоимости перевозки является условіемъ извлеченія

вленности отдѣльныхъ тарифныхъ ставок. Нельзя говорить, что желѣзная дорога дешево возетъ дрова за счетъ высокихъ тарифовъ на сахаръ. Положимъ, какая-нибудь внѣшняя сила заставляетъ дорогу понизить тарифъ на дрова до 10, это не заставитъ ее измѣнить тарифъ на сахаръ. Какъ раньше, такъ и теперь самой выгодной для дороги ставкой остается 16. Подробнѣе объ этомъ Edgeworth, *l. c.*, 207 и слѣд. стр.

¹⁾ Блестящій анализъ этого явленія далъ уже Dupuit въ сороковыхъ годахъ прошлаго столѣтія. *Annales des Ponts et Chaussées*. 1844, 1849 г.

²⁾ Такое соотвѣтствіе можетъ и не наблюдаться, напримѣръ, если ростъ богатства сопровождается увеличеніемъ неравномѣрности распредѣленія. Въ этомъ случаѣ въ интересахъ общественнаго цѣлаго можетъ быть уменьшеніе народного богатства.

maximum'a полезной работы изъ железнодорожныхъ капиталовъ и потому наиболее [соотвѣтствуетъ общественнымъ интересамъ¹⁾].

На нашемъ примѣрѣ можно легко иллюстрировать правильность этого утвержденія. При построеніи тарифовъ на сахаръ и дрова по ихъ платежеспособности всего было осуществлено 800 единицъ перевозки; но если бы установить тарифы по стоимости перевозки, т.-е. около 11, то было бы перевезено 1400 единицъ груза (сахаръ 1100 и дрова 300). Конечно, если бы желѣзная дорога могла безпредѣльно варьировать цѣну и приспосабливать провозную плату въ каждой отдѣльной конкретной перевозкѣ, если бы она могла для каждаго отдѣльнаго грузоотправителя въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ устанавливать ту провозную плату, которую можетъ выдержать его грузъ, то желѣзная дорога перевезла бы не меньше того, что и при установленіи тарифа по принципу стоимости перевозки²⁾ ³⁾.

Но такая тарификація встрѣчаетъ неодолимые практическія препятствія, и желѣзной дорогѣ приходится поэтому оперировать не съ отдѣльными конкретными перевозками, а съ болѣе или менѣе широкими группами, а потому въ интересахъ увеличенія своего дохода она вынуждена бываетъ устанавливать тарифъ на такой высотѣ, который отсѣкаетъ рядъ экономически возможныхъ перевозокъ. Тарификація по платежеспособности безспорно могущественное средство увеличенія железнодорожнаго дохода, но она можетъ являться препятствіемъ къ извлеченію maximum'a полезной работы изъ железнодорожныхъ капиталовъ. Поэтому нельзя согласиться съ тѣмъ, что «работа рельсовой сѣти страны наиболее отвѣчаетъ общимъ интересамъ народнаго хозяйства въ томъ случаѣ, когда тарифы сѣти построены такимъ образомъ, чтобы приносить всей сѣти страны наибольшій чистый доходъ»⁴⁾ Условія извлеченія maximum'a полезной работы и достиженія maximum'a дохода не совпадаютъ, а потому нельзя отождествлять

¹⁾ L. c. P. II, ch. 12, 13.

²⁾ Такъ, въ нашемъ примѣрѣ установленіе только двухъ тарифовъ на сахаръ даетъ уже возможность увеличить перевозку сахара съ 600 до 900. Такимъ образомъ чѣмъ мельче тарифныя группы, тѣмъ въ извѣстномъ отношеніи выгоды для общества.

³⁾ Такой же результатъ дала бы тарификація по платежеспособности при очень большой эластичности транспорта (большей 1 по Маршаллу). Но предполагать для железнодорожнаго транспорта непременно такую эластичность мы не имѣемъ основаній.

⁴⁾ К. Я. Загорскій, Теорія железнодорожныхъ тарифовъ. 193 стр. Впрочемъ, въ другихъ работахъ этого перваго нашего авторитета въ вопросахъ тарифнаго дѣла попадаются и несогласныя съ этимъ утвержденія. См. Наша железнодорожная тарифная политика, стр. 38, 40.

въ тарифномъ дѣлѣ интересы желѣзныхъ дорогъ съ интересами всего общественнаго цѣлага.

Осуждая съ народнохозяйственной точки зрѣнія тарификацію по платежеспособности Pigou дѣлаетъ однако одну весьма существенную оговорку. Этой тарифной системѣ, правильно замѣчаетъ онъ, надо отдать предпочтеніе въ томъ случаѣ, когда она является условіемъ самаго существованія желѣзнодорожнаго предпріятія. Возможно, что единый тарифъ на всѣ грузы не окупаетъ расходовъ. Положимъ, въ нашемъ примѣрѣ общія издержки равны не 1000, а 3800. Въ этомъ случаѣ желѣзная дорога, даже устанавливая самую выгодную тарифную ставку (16) могла бы выручить за покрытіемъ спеціальныхъ издержекъ только 3600, чего не хватило бы для покрытія общихъ издержекъ. Но при двухъ различныхъ тарифахъ на сахаръ и дрова дорога могла бы окупить свои затраты, и конечно лучше допустить дифференціацію тарифныхъ ставокъ, чѣмъ совсѣмъ отказаться отъ услугъ желѣзной дороги.

Съ этой точки зрѣнія можно оправдывать многія кажущіяся несообразности въ тарифномъ дѣлѣ, напр., взиманіе бѣльшей платы за меньшее разстояніе или личныя рефакціи. Хорошо разъяснилъ это уже А. Hadley въ своей классической работѣ «Желѣзнодорожный транспортъ». Положимъ, говоритъ онъ, проектируется въ какомъ-нибудь районѣ желѣзная дорога, соединяющая въ своихъ конечныхъ пунктахъ два большихъ города. На высокіе тарифы въ сообщеніи между этими городами желѣзная дорога не можетъ разсчитывать, такъ какъ эти города имѣютъ дешевое водное сообщеніе. Одно же мѣстное движеніе относительно невелико и ни при какихъ тарифахъ не можетъ окупить расходовъ постройки и эксплуатаціи дороги. «Чтобы существовать желѣзная дорога должна обезпечить себѣ двѣ различныхъ вещи: высокіе тарифы для мѣстныхъ грузовъ и очень низкія ставки для массоваго движенія крайнихъ пунктовъ, которое инымъ способомъ нельзя привлечь на дорогу»¹⁾.

Только въ этомъ исключительномъ, какъ утверждаетъ Pigou²⁾, случаѣ тарификація по платежеспособности находитъ себѣ оправданіе. Когда же и при единомъ тарифѣ желѣзная дорога можетъ окупать себя, предпочтеніе должно быть отдано построенію тарифовъ по принципу себѣстоимости перевезки.

Pigou пришелъ къ этому выводу путемъ отвлеченнаго анализа, но и въ практикѣ тарифнаго дѣла эта идея пробиваетъ себѣ дорогу.

¹⁾ Цитир. по французскому переводу: *Le Transport par les Chemins de fer*. 151 стр. Ср. другой его классическій примѣръ съ устрицами.

²⁾ См. его интересную и убѣдительную аргументацію, I. с., 321 и слѣд. стр.

Такъ, напримѣръ, верховный тарифный органъ Соединенныхъ Штатовъ (Interstate Commerce Commission) въ своихъ рѣшеніяхъ, какъ показалъ Hammond) проявляетъ тяготѣніе въ сторону принципа стоимости транспорта, какъ теоретической основы тарифовъ. Интересно отмѣтить, что и такой выдающійся знатокъ практики тарифнаго дѣла, какъ Ripley¹⁾ придаетъ очень большое значеніе моменту стоимости перевозки при установленіи тарифовъ.

К. Я. Загорскій, критикуя нашу тарифную политику²⁾, отмѣчаетъ чрезмѣрное стремленіе къ унификаціи тарифовъ. Нигдѣ ни въ какой другой странѣ нѣтъ такого однообразія тарифныхъ ставокъ. Въ этомъ основной недостатокъ нашей тарифной системы. Она недостаточно гибка и подвижна. Необходимо стремиться больше приспособить ее къ, «потребностямъ экономического оборота» и удѣлять больше вниманія при построеніи тарифовъ платежеспособности грузовъ. Для того, кто не раздѣляетъ точки зрѣнія Загорскаго, что единственномъ раціональнымъ основаніемъ тарифа можетъ служить лишь цѣнность транспортной услуги, такое заключеніе не обязательно.

Кромѣ приведенныхъ выше общихъ соображеній можно указать еще на одно неудобство тарификаціи по цѣнности, которое приобретаетъ особое значеніе въ нашихъ русскихъ условіяхъ. Отъ этой системы тарификаціи очень легко перейти къ использованию желѣзнодорожныхъ тарифовъ, какъ средства проведенія какихъ-нибудь задачъ общей экономической политики.

Дѣйствительно съ точки зрѣнія этой системы допустимы одни тарифы, покрывающіе спеціальныя издержки перевозокъ, а это дѣлаетъ возможнымъ чрезмѣрное пониженіе отдѣльныхъ тарифныхъ ставокъ и такимъ образомъ позволяетъ путемъ предоставленія тарифныхъ льготъ искусственно поддерживать отсталые районы и формы производства. Такую охранительную политику находили для себя выгоднымъ проводить и частныя желѣзныя дороги³⁾. Когда же хозяиномъ въ тарифномъ дѣлѣ является государство, стремленіе использовать желѣзныя дороги въ цѣляхъ охраны отдѣльныхъ видовъ отечественной промышленности становится еще сильнѣе.

Я опасаюсь, что отказъ отъ принципа однообразія тарифовъ и провозглашенія принципа приспособленія тарифовъ къ «потреб-

¹⁾ «Considerations of cost of service afford protection, not only against unreasonably high rates, but also against unduly low charges», l. c., 174. «It is evident that the cost of service principle is of fundamental importance», 180 стр.

²⁾ См. Наша желѣзнодорожная тарифная политика.

³⁾ У Hammond'a, Ripley можно найти много примѣровъ.

носямъ экономическаго» оборота на дѣлѣ поведетъ къ раздачѣ изъ желѣзнодорожнаго кармана въ формѣ тарифныхъ льготъ пособій отдѣльнымъ экономическимъ группамъ и къ увеличенію и безъ того чрезмѣрной опеки нашего производства и торговли. По этимъ соображеніямъ, главнымъ образомъ, нельзя не взять подъ сомнѣніе правильность утвержденія Загорскаго о томъ, что намъ нужно идти въ сторону усиленія дифференціаціи тарифовъ.

Н. Шапошниковъ.

М. М. Ковалевскій, какъ изслѣдователь обычнаго права.

I.

Долголѣтняя, начавшаяся еще въ 1876 г. и неустанно продолжавшаяся до 1916 г., ученая дѣятельность М. М. Ковалевскаго незамыкалась, какъ извѣстно, въ одну какую-либо специальную область юридическихъ дисциплинъ, но отличалась многогранностью своихъ общихъ интересовъ. Живой, пытливый умъ изслѣдованія, почерпавшій свои обширныя знанія не только изъ изученія памятниковъ права и ихъ научныхъ комментаріевъ въ литературѣ, но изъ путешествій и постоянныхъ соприкосновеній съ выдающимися учеными и политиками, сказывался въ выборѣ самыхъ разнообразныхъ темъ для изученія, при чемъ объектомъ изысканій автора по исторіи учреждений и правовыхъ идей служилъ матеріалъ, бравшійся едва ли не изъ всѣхъ странъ міра. Своими многочисленными работами М. М. Ковалевскій вносилъ такимъ образомъ въ русскую литературу богатѣйшія научныя данныя, пригодныя для самыхъ широкихъ соціологическихъ обобщеній. Вслѣдствіе этого о научной дѣятельности автора приходится трактовать не одному какому-либо специалисту по той или иной наукѣ права, но многимъ. Нашъ небольшой очеркъ имѣетъ своею цѣлью остановить вниманіе на М. М. Ковалевскомъ только какъ на изслѣдователя обычнаго права. Между современными русскими учеными юристами найдется немного лицъ, которыя съ такою любовью и столь продолжительно останавливались бы на изслѣдованіи нормъ народнаго обычнаго права, какъ М. М. При этомъ, какъ на характерную черту этихъ изслѣдованій, надо указать, что К. не удовольствовался однимъ изученіемъ тѣхъ записей обычнаго права, которыя имѣются въ нашей литературѣ и которыя не всегда отличаются достаточной научной цѣнностью¹⁾, но пытался непосредственно изучать

¹⁾ Характеристику записей русскаго обычнаго права см. въ моихъ «Очеркахъ по русскому крестьянскому обычному праву» («Ученыя записки И. Юрьевского Университета», 1901 г., № 2, стр. 1—48); характеристика записей кавказскаго «адатнаго права» дѣлается не разъ М. М. Ковалевскимъ въ его изслѣдованіяхъ этого права, о которыхъ мы будемъ говорить особо ниже.

народные нравы и обычаи, а затѣмъ, — на основаніи собственныхъ наблюденій надъ ними, — провѣрялъ и дополнялъ существующія записи обычнаго права. Здѣсь авторъ слѣдовалъ тому методу изслѣдованій явленій соціальной жизни, который вообще сказывался въ его сочиненіяхъ по другимъ отраслямъ права, гдѣ, на ряду съ изученіемъ юридической догмы и литературы о ней, онъ расширялъ ихъ анализъ наблюденіемъ надъ живою дѣйствительностью. Конечно, его наблюденія не могли простирались, въ области изученія обычнаго права, на всѣ многочисленныя народности, обитающія въ нашемъ обширномъ отечествѣ, почему автору будущихъ изслѣдованій по обычному праву *volens-nolens* приходилось ограничивать топграфически свои наблюденія, но районъ этихъ наблюденій, простиравшійся на многія мѣстности Кавказа, былъ, во всякомъ случаѣ, достаточно-обширенъ и своеобразенъ, а потому и давалъ К., — во время его «странствій» по Осетіи, горнымъ обществамъ Кабарды и пр. — значительный, въ научномъ отношеніи, матеріалъ для выполненія той программы, которую онъ себѣ намѣтилъ, съ одной стороны, и многочисленныя данныя для провѣрки записей горскихъ обычаевъ, или адатовъ, съ другой. Въ результатѣ какъ этихъ непосредственныхъ наблюденій, такъ и тщательнаго изученія тѣхъ записей «адатнаго права», какія уже имѣлись въ подлежащей ученой литературѣ, явился передъ нами цѣлый рядъ изслѣдованій юридическаго быта кавказскихъ народностей ¹⁾. Въ дальнѣйшемъ нашемъ очеркѣ мы и остановимся на характеристикѣ двухъ важнѣйшихъ изслѣдованій М. М. по кавказскому обычному праву, а именно на его знамени-

¹⁾ Помѣщаемъ, въ хронологическомъ порядкѣ изслѣдованія и статьи М. М. Ковалевскаго, цѣликомъ или частично относящіяся къ обычному праву кавказцевъ, въ связи съ исторіею права другихъ народовъ: 1) «По-земельныя и сословныя отношенія у горцевъ сѣвернаго Кавказа» (Русская Мысль, 1883 г., № 12); 2) «Въ горскихъ обществахъ Кабарды» (Вѣстн. Евр., 1884 г., № 4); 3) «Нѣкоторыя архаическія черты семейнаго и наследственнаго права осетинъ» (Юрид. Вѣстн., 1885 г., № VI—VII); 4) «У подошвы Эльбурса» (Вѣстн. Евр., 1886 г., № 1—2); 5) «Въ Сванетіи» (ibid., № 8—9); 6) «О юридическомъ бытѣ татовъ» (Изв. Общ. Л. Ест., Антр. и Этногр., т. XLVIII, вып. II, М. 1886 г.); 7) «Современный обычай и древній Законъ. — Обычное право осетинъ, въ историко-сравнительномъ освѣщеніи (М., 1886 г., т. I—II); 8) «Первобытное право» (М., 1886 г., в. I — Родъ, вып. II — Семья); 9) «Пшавы» (Юрид. Вѣстн., 1888 г., № 2); 10) «Родовое устройство Дагестана» (ibid., № 12); 11) «Сельская община въ Закавказьѣ». Разборъ извѣстнаго изслѣдованія С. А. Егиазарова, «Изслѣдованія по исторіи учреждений въ Закавказьѣ» (ib., 1889 г., № VI—VII); 12) «Дагестанская народная правда» (Этногр. Обзорніе, 1890 г., № 4); 13) «Законъ и обычай на Кавказѣ» (М., 1890 г., т. I—II). Замѣтимъ также кстати, что М. М. Ковалевскому принадлежатъ нѣсколько статей и по русскому обычному праву. Такъ, въ «Критическомъ Обзорніи» за 1879 г., № 14, онъ касается «Сборника народныхъ юридическихъ обычаевъ, изданныхъ Матвѣевымъ, въ Юрид. Вѣстн.» за 1892 г., № 5—6 говорить о «трудѣ, какъ источникѣ собственности на землю въ Малороссіи» и др.

томъ двухтомномъ трудѣ «Современный обычай и древній законъ. Обычное право осетинъ въ историко-сравнительномъ освѣщеніи» и не менѣе извѣстномъ, также двухтомномъ, трудѣ «Законъ и обычай на Кавказѣ». Если мы сюда присоединимъ его сочиненіе «Первобытное право», въ двухъ выпускахъ, то, въ общемъ, эти работы дадутъ намъ обширный матеріалъ для сужденія о цѣляхъ, кои преслѣдовалъ почившій ученый, привлекая къ исторіи древнѣйшаго права обычное право кавказскихъ народностей, вмѣстѣ съ правомъ другихъ племенъ, а равно и о тѣхъ методахъ, коихъ онъ держался въ своихъ параллельныхъ изслѣдованіяхъ съ современнаго народного права и первобытнаго права древнѣйшихъ временъ, поскольку о послѣднемъ можно судить по дошедшимъ до насъ свѣдѣніямъ.

II.

Изученіе обычнаго народного права вообще и русскаго въ частности можетъ отвѣчать двумъ крупнымъ интересамъ, одному — практическому, другому — теоретическому, а именно — историко-юридическому. Наличие этихъ двухъ интересовъ объясняется двойственностью содержанія нормъ обычнаго права. Съ одной стороны, эти нормы отражаютъ въ себѣ, въ большей или меньшей степени, совокупность народныхъ представленій о правдѣ, въ данное время являющихся дѣйствующими, обязательными въ взаимныхъ отношеніяхъ людей между собою, съ другой — онѣ бережно, какъ въ нѣкоей заповѣдной кладовой, хранятъ въ себѣ многіе слѣды старадавныхъ отношеній и взглядовъ, живущихъ въ народныхъ массахъ какъ простое воспоминаніе о чемъ-то давно уже утраченномъ и хотя негнѣущемъ теперь никакого реальнаго значенія, но тѣмъ не менѣе народу дорогимъ... Если для общественнаго дѣятеля, которому приходится, по тѣмъ или инымъ соображеніямъ, считаться съ народною психологією, юридическія правовоззрѣнія народа представляютъ интересъ только въ томъ случаѣ, когда они могутъ являться показателями современныхъ народныхъ взглядовъ на устроеніе формъ его жизни (поскольку послѣднія могли, конечно, развиваться самостоятельно, безъ воздѣйствій сверху), то для историка-юриста, наоборотъ, чрезвычайную важность имѣютъ тѣ переживанія, тѣ архаизмы права, которыя сохранились въ народныхъ представленіяхъ о правдѣ и справедливости, въ силу присущаго народнымъ массамъ консерватизма мышленія. Изученіе остатковъ часто глубокой сѣдой старины, сохранившихся въ народныхъ ритуалахъ, пословицахъ, въ судебныхъ рѣшеніяхъ

и пр., дать возможность современной социологии воссоздавать не фантастический образ давно-минувшаго, а картину болѣе или менѣе вѣроятнаго поступательнаго движенія челоѣчества, въ особенности, когда эти остатки приводятся въ связь, какъ съ запасомъ тѣхъ историческихъ свѣдѣній, какія дошли до насъ по памятникамъ древней письменности, изъ наиболѣе раннихъ эпохъ нашей культуры, такъ и съ извѣстіями о бытѣ современныхъ намъ, но еще первобытныхъ, по своей культурѣ, народовъ. Ковалевскій, какъ социологъ-позитивистъ, полагавшій, что «социология», какъ наука, не должна пренебрегать никакими наблюденіями и опытами» и утверждавшій, что «ея основатель Огюсть Контъ сдѣлалъ большую ошибку, придавъ къ противоположному заключенію»¹⁾, долженъ былъ, разумѣется, при изученіи обычнаго народнаго права, преслѣдовать второй, чисто-научный интересъ, онъ долженъ былъ въ народныхъ переживаніяхъ, въ такомъ громадномъ количествѣ еще сохраняющихся донинѣ, искать новаго матеріала для своихъ широкихъ социологическихъ выводовъ. Но, однако, было бы ошибочно думать, что интересъ ученаго историка-юриста, — цѣпляющагося крѣпко за всякій обломокъ старины и вытаскивающаго на арену изслѣдованія всякій, даже самый варварскій, обычай, разъ онъ служитъ къ объясненію какого-либо первобытнаго института, — совершенно заглушалъ въ Ковалевскомъ ученаго, какъ гражданина. Онъ не всегда и не вездѣ въ своихъ работахъ смотрѣлъ на обычное право только какъ на сумму стародавнихъ народныхъ переживаній, но отмѣчалъ и значеніе обычнаго права, какъ отображенія многихъ современныхъ представленій народа на устройство своего быта, на доступныхъ его пониманію началахъ правды. Въ виду этого и намъ придется, хотя бы кратко, коснуться этого, вполне понятнаго, двойственнаго отношенія М. М. къ обычному народному праву, которое, храня въ себѣ столь любезныя для историка-социолога сокровища стародавнихъ пра-историческихъ представленій о правѣ, является въ то же время правомъ дѣйствующимъ, нормы коего, въ той или иной мѣрѣ, живутъ

¹⁾ Ошибку О. Конта Ковалевскій видѣлъ справедливо въ томъ, что «Контъ основалъ свою стройную теорію на данныхъ, которыя не имѣли предполагаемаго имъ характера общности, такъ какъ одинъ только римско-католическій міръ имѣлъ честь быть предметомъ его позитивнаго изслѣдованія. Всякая новая попытка установить социологическія истины будетъ имѣть научное значеніе въ томъ лишь случаѣ, если въ поле нашихъ изысканій будетъ включенъ Востокъ и, въ особенности, міръ славянскихъ народовъ» («Очеркъ происхожденія и развитія семьи и собственности», лекціи, читанныя М. М. Ковалевскимъ въ Стокгольмскомъ университетѣ, переводъ М. Юлшина (М., 1896 г., стр. 12).

и примѣняютъ въ современной народной средѣ, не какъ остатки давнихъ угаснувшихъ отношеній, а какъ представленія народа о правѣ, соотвѣтствующія уже его культурѣ въ данное время. То обстоятельство, что Ковалевскій, по цѣлямъ, какія онъ себѣ ставилъ при изученіи обычнаго права, неизмѣримо больше обращалъ вниманія на архаизмы этого права, чѣмъ на его нормы, какъ права дѣйствующаго въ народной средѣ, требуетъ и отъ насъ преимущественнаго вниманія къ трудамъ Ковалевскаго въ области изученія обычнаго права, съ точки зрѣнія того чисто-научнаго, а именно — историко-юридическаго интереса, какой онъ выказывалъ къ этой отрасли права. Остановимся, въ доказательство сказаннаго, прежде всего на двухтомномъ сочиненіи М. М., появившемся въ 1886 г., т.-е. ровно 30 лѣтъ тому назадъ, а именно на сочиненіи его «Современный обычай и древній законъ. — Обычное право осетинъ въ историко-сравнительномъ освѣщеніи».

III.

Пытаясь вообще, по его словамъ, «объяснить порядокъ зарожденія правовыхъ институтовъ», иначе говоря, произвести рядъ изысканій надъ «эмбриологіею права» арійцевъ, — какъ К. называетъ ту новую отрасль обществовѣдѣнія, которой онъ хочетъ заняться, — К. наталкивается прежде всего на такое затрудненіе: «выводы, полученные на основаніи этнографическихъ данныхъ», говоритъ онъ въ «предисловіи» къ вышеназванному своему сочиненію, «далеко не сходятся пока съ тѣми, какія установлены путемъ историко-сравнительнаго изученія арійскихъ законодательствъ». Отсюда вытекаетъ, напр., утвержденіе одними учеными поздняго происхожденія семьи и агнатическаго рода, которому предшествуетъ коммунальный бракъ и материнство, между тѣмъ какъ другіе признавали «патріархальный бытъ зародышемъ всѣхъ позднѣйшихъ формъ человѣческаго общежителства». (Такое несходство выводовъ можно отмѣтить, разумѣется, и въ рядѣ другихъ вопросовъ). Какъ выйти изъ этого дуализма мнѣній? По мнѣнію автора, лучший выходъ — это обращеніе «къ детальному изученію обычнаго права тѣхъ арійскихъ народностей, которыя, какъ осетины, доселѣ сохранили въ своемъ быту многочисленныя остатки уже пройденныхъ имъ стадій развитія». Этимъ основнымъ воззрѣніемъ опредѣляется какъ характеръ, такъ и планъ издаваемого нами труда, говоритъ К.: «мы намѣрены представить не простое описаніе обычаевъ малозвѣстнаго еще народа, но и объяснить фактами изъ быта этого народа многіе тем-

ные вопросы быта аріевъ» (стр. V и слѣд. вышеназваннаго труда). Конечно, для этого надо было,—недовольствуясь имѣющими уже въ печати записями осетинскаго права (а затѣмъ и другихъ кавказскихъ племенъ),—произвести самому, такъ сказать въ натурѣ, изслѣдованіе обычнаго права осетинъ, которыхъ авторъ, на основаніи изслѣдованій В. О. Миллера, причисляетъ къ аріицамъ. И авторъ, дѣйствительно, предпринимаетъ два раза поѣздки на Кавказъ, которыя и доставляютъ ему главный матеріалъ для описанія осетинскихъ обычаевъ (матеріалъ во многомъ пополненный, впрочемъ, какъ указывается авторомъ, на основаніи работъ мѣстныхъ изслѣдователей). Нельзя, конечно, не признать, что сама идея такихъ поѣздокъ была въ высшей степени привлекательна и плодотворна, съ научной точки зрѣнія. Записи народнаго обычнаго права у насъ, не исключая и записей кавказскаго права, вообще отличаются многими особенностями, дѣлающими ихъ весьма неудобными для пользованія, при тѣхъ или иныхъ социологическихъ построеніяхъ, какъ историко-юридическаго характера, такъ и относящихся къ уясненію современнаго народнаго правосознанія. Во-первыхъ, эти записи нерѣдко дѣлались, да дѣлаются доселѣ, людьми, малоподготовленными къ этой сложной и ответственной работѣ, почему сами записи эти являются то слишкомъ субъективными, то просто мало-вѣроятными. Во-вторыхъ, матеріалъ, записанный въ нихъ, распределяется весьма неравномѣрно по отдѣльнымъ категоріямъ правовой жизни народа. Такъ, напр., если мы въ области русскаго обычнаго права имѣемъ достаточно богатые и проверенныя данныя по вопросу объ артеляхъ, о различныхъ видахъ владѣнія и пользованія землею, по вопросу объ отношеніяхъ супруговъ и дѣтей, о наследственномъ правѣ, о семейныхъ раздѣлахъ, то, наоборотъ, въ области гражданскаго права доселѣ еще очень мало изслѣдованы у насъ договоры какъ со своей внѣшней обрядовой стороны, такъ и со стороны своего внутренняго содержанія. Если внутреннее содержаніе, вкладываемое народомъ въ ту или иную юридическую сдѣлку, нерѣдко весьма рельефно отражаетъ современныя экономическія отношенія, а также степень общаго развитія народа и его права въ данное время, то, наоборотъ, обрядовая сторона обязательствъ,—въ виду того богатѣйшаго символизма, какой одѣваетъ въ народѣ каждую юридическую сдѣлку,—представляетъ громаднѣйшій историко-юридическій интересъ, такъ какъ этотъ первобытный языкъ символическихъ дѣйствій, образныхъ формъ, уясняетъ предъ нами генезисъ первоначальныхъ юридическихъ институтовъ, той эмбриологіи права, надъ которой хотѣлъ работать К., предпри-

нимая свои поѣздки на Кавказъ. Наконецъ, автору кавказскихъ этюдовъ по эмбриологіи права предстояло провѣрить достовѣрность самихъ горскихъ адатовъ, какъ записей народныхъ правовозрѣній, такъ какъ въ нихъ (подобно записямъ рѣшеній нашихъ волостныхъ судовъ) нерѣдко отражалось не столько народное право, сколько субъективные представленія о немъ самихъ записывающихъ его нормы лицъ. Понятно, что, когда за провѣрку и дополненіе всѣхъ этихъ записей кавказскихъ обычаевъ взялся такой высокообразованный юристъ, какъ К., ученый, обладавшій вообще громадными свѣдѣніями въ области исторіи древняго арійскаго и иного права, такая провѣрка и дополненіе дали много не только новыхъ и болѣе достовѣрныхъ свѣдѣній о правѣ осетинъ, но и представили ихъ правовозрѣнія въ полномъ систематическомъ обзорѣ. Если изъ перваго тома вышеуказаннаго труда мы узнаемъ о религіозныхъ вѣрованіяхъ осетинъ, о ихъ имущественныхъ отношеніяхъ, договорномъ и брачномъ ихъ правѣ, а равно и о системѣ родства и наслѣдованія, выработанныхъ ихъ культурою, то второй томъ подробно трактуетъ объ ихъ уголовномъ правѣ, судоустройствѣ, судебныхъ доказательствахъ и процессуальныхъ дѣйствіяхъ. Какъ намъ представляется, этотъ второй томъ имѣетъ, сравнительно съ первымъ, наибольшую цѣнность. Произошло это, во-первыхъ, потому, что сами вопросы, трактуемые здѣсь авторомъ (какъ вопросы о кровавой мести у осетинъ, о системѣ наказаній, о судоустройствѣ и судопроизводствѣ), давали автору гораздо болѣшій и достовѣрный матеріалъ, чѣмъ вопросы, разсмотрѣнные въ I томѣ; во-вторыхъ, этотъ матеріалъ сохранилъ въ себѣ чрезвычайно много чертъ первобытныхъ правовозрѣній, поддающихся наблюденію, и, въ-третьихъ, онъ являлся наименѣе изслѣдованнымъ. По исторіи семьи, наслѣдованія, имущественныхъ отношеній у насъ имѣлись уже до Ковалевскаго цѣнныя изысканія, наоборотъ, вопросы, его занимавшіе во 2-мъ томѣ, не находили себѣ достаточнаго числа ученыхъ юристовъ, особенно лично, по собственнымъ наблюденіямъ, производившихъ свои изысканія. Со времени б. Августа Гакстгаузена, путешествовавшего по Россіи въ 1847 г. и изучавшаго поземельное устройство нашихъ крестьянъ, К. является однимъ изъ немногихъ ученыхъ, имѣвшихъ возможность наблюдать и изслѣдовать, по заранѣе установленной программѣ (что давало его трудамъ извѣстную цѣльность и систематичность), то народное право, какое онъ взялъ объектомъ своихъ изысканій, а именно сначала — осетинъ, а затѣмъ сванетовъ, пшавовъ, хевсуръ и пр. Допрашивая, по строго-научной программѣ, мѣстныхъ жителей о ихъ правовозрѣніяхъ, онъ, естественно, могъ пополнить про-

бѣлы нашихъ свѣдѣній по тѣмъ вопросамъ, которые до того времени мало останавливали вниманіе наблюдателей.

Отдавая справедливую дань живому и вмѣстѣ строго-научному методу изслѣдованія народныхъ юридическихъ обычаевъ кавказскихъ народностей, какому слѣдовалъ К., нельзя, однако, не замѣтить, что главный объектъ его изслѣдованія — осетинское право, неполнѣй оправдалъ, да и не могъ оправдать, той высокой, — мы бы даже сказали, весьма смѣлой, — мысли, съ которою авторъ принялся за его изученіе. Какъ уже кратко нами указывалось, Ковалевскій предполагалъ (а затѣмъ, дѣйствительно, энергично и пытался) «представить не простое описаніе мало извѣстнаго доселѣ осетинскаго народа, но и объяснить фактами изъ быта этого народа многіе темные вопросы древняго права аріевъ». Уже а priori, однако, можно было бы утверждать, что эта попытка сама по себѣ, независимо отъ личныхъ качествъ изслѣдователя, была обречена на нѣкоторую неудачу. Въ моментъ изслѣдованія Ковалевскимъ обычнаго права осетинъ они являлись маленькимъ народцемъ, затеряннымъ въ горахъ Кавказа. Этотъ народецъ, загнанный кочевниками въ указанныя горы, если и нашелъ здѣсь, съ одной стороны, нѣкоторыя благоприятныя условія для сохраненія своей независимости и индивидуальности, то, съ другой стороны, обрелъ многія препятствія къ своему численному размноженію, а равно и къ дальнѣйшему культурному развитію, попавъ въ особыя климатическія, экономическія и политическія условія. Принявъ все это во вниманіе, можно ли было допустить, чтобы бытъ этого бѣднаго горнаго народца былъ въ состояніи, какъ предполагалъ первоначально К., дать достаточный матеріалъ для объясненія многихъ темныхъ и сложныхъ вопросовъ какъ зарожденія, такъ и развитія институтовъ древняго права аріевъ? Неужели вся сложная гамма историческихъ переживаній великаго племени, даже на зарѣ его выступленій на міровой аренѣ, могла найти свое подобіе въ жизни осетинъ? Между тѣмъ М. М. Ковалевскій, по его словамъ, именно думалъ найти въ бытѣ этого народца «тѣ посредствующія звенья, безъ знакомства съ которыми невозможно возстановленіе того темнаго процесса, послѣдствіемъ котораго была зарожденіе первичныхъ юридическихъ институтовъ». Но, уже въ предисловіи къ своему изслѣдованію «Современный обычай и древній законъ» авторъ долженъ былъ откровенно сознаться, что «не по всѣмъ, однако, вопросамъ осетинское право даетъ намъ ожидаемый отвѣтъ. Нерѣдко оно само лишено этихъ посредствующихъ звеньевъ и послѣднія должны быть съ трудомъ отыскиваемы въ законодательныхъ памятникахъ историческихъ

представителей арийской семьи» (стр. VI), т.-е., иначе говоря, осетинские обычаи сами по себе весьма нуждаются въ сложномъ объяснительномъ матеріалѣ, который находится въ арийскихъ правовыхъ древностяхъ, а вовсе не служатъ, какъ предполагалось, къ уясненію «темныхъ вопросовъ древняго права аріевъ». Отсюда, естественно, и получилось, что обычное право осетинъ (какъ частью и другихъ кавказскихъ народцевъ) являлось лишь канвою, на которой К. вышивалъ свои историко-сравнительные узоры по древнѣйшему праву, почему и самому своему изслѣдованію онъ долженъ былъ дать наименованіе «Современный обычай и древній законъ. — Обычное право осетинъ въ историко-сравнительномъ освѣщеніи». Приходилось уже искать «объясненія осетинскимъ обычаямъ» изъ арийскихъ правовыхъ древностей, какъ и, наоборотъ, арийскія древности объяснять осетинскими обычаями, при чемъ, конечно, первыя давали автору болѣе матеріала для его эмбриологій, чѣмъ вторыя, такъ какъ аріиды оставили пѣлый длинный рядъ знаменитыхъ памятниковъ своего древняго праворазвитія. Громадная начитанность автора въ этихъ памятникахъ и ихъ литературныхъ комментаріяхъ, въ связи съ его талантомъ изслѣдователя, умѣвшаго живо и образно схватывать сущность описываемыхъ явленій, помогли, конечно, ему выйти съ полною честью изъ того затрудненія, въ какое онъ попалъ, избравъ своимъ объектомъ бѣдное, какъ качественно, такъ и количественно, осетинское право. Впрочемъ, у автора было серьезное основаніе для выбора именно того права, какъ объекта своего изученія. Онъ, какъ извѣстно, совершалъ свои поѣздки по Кавказу вмѣстѣ съ извѣстнымъ лингвистомъ В. О. Миллеромъ, которому, какъ «автору осетинскихъ этюдовъ», онъ и посвятилъ разбираемый нами трудъ. Ковалевскій справедливо и откровенно утверждалъ, что «безъ филологическихъ изслѣдованій Всеволода Миллера, вполне опредѣлившихъ народность осетинъ и выяснившихъ отдѣльныя формы ихъ религіознаго быта, а также ихъ историческія судьбы, невозможно было бы никакое научное описаніе осетинскаго обычнаго права». Эти филологическія изслѣдованія, — въ томъ широкомъ масштабѣ, который мы только что указали, — конечно, дали Ковалевскому твердую почву и для изученія осетинскихъ юридическихъ обычаевъ, безъ нихъ обычаи эти представляли бы собою нѣчто, висящее въ воздухѣ, оторванное отъ сложнаго комплекса социологическихъ факторовъ, ихъ породившихъ, такъ какъ право не развивается особо, безъ связи со всѣми этими факторами, а юристъ-историкъ не всегда можетъ ихъ изучить самъ, безъ помощи филологівъ. Въ цѣломъ, такимъ образомъ, въ разбираемомъ

трудѣ, какъ и въ рядѣ другихъ, авторъ отдалъ богатую дань одному изъ интересовъ, возбуждаемыхъ изученіемъ обычнаго народнаго права, а именно — интересу научному, историко-юридическому, или, какъ любилъ говорить самъ авторъ, историко-сравнительному, въ цѣляхъ широкихъ социологическихъ обобщеній и созданія тѣхъ прочныхъ и положительныхъ «научныхъ общностей» (*«généralités scientifiques»*, какъ говорятъ французскіе ученые), на которые должны опираться всѣ общественныя науки. Ковалевскій при этомъ не столько описывалъ первобытные институты (какъ дѣлалъ у насъ, напр., Зиберъ, у нѣмцевъ Постъ и мн. др.), сколько ихъ объяснялъ и конструировалъ ихъ правовую сущность, сводя въ систему и давая логическое объясненіе даже незначительнымъ, на первый взглядъ, фактамъ. Многія его обобщенія, если не всегда находили себѣ оправданіе, то всегда подкупали грандіозностью своего замысла дойти непременно до генезиса самыхъ темныхъ первобытныхъ институтовъ права, даже тогда, когда для этого не было видимыхъ научныхъ путей. При детальномъ изученіи отдѣльныхъ выводовъ К. можно найти невѣрно-объясненные тексты древнихъ законовъ, его цитаты иногда неточны (особенно это надо сказать по отношенію къ нашимъ русскимъ первоисточникамъ, въвиду того, что К. меньше всего былъ историкомъ нашего древняго права), но зато никто, кромѣ К., не привлекалъ у насъ къ изслѣдованію нормъ первобытныхъ институтовъ такого громаднаго количества древнѣйшихъ текстовъ законовъ и обычаевъ всѣхъ народовъ и не знакомилъ въ такомъ широкомъ масштабѣ съ западно-русскою литературою. Вездѣ К. стоялъ на почвѣ положительнаго изученія фактовъ прошлаго и настоящаго, такъ опредѣляя (въ одной изъ раннихъ своихъ работъ — «Общинное землевладѣніе» и пр., М., 1879 г.) методъ своихъ историко-сравнительныхъ изысканій, которому онъ затѣмъ всегда слѣдовалъ въ своихъ работахъ: «раздѣляя судьбу общую всякаго рода социологическихъ вопросовъ, занимающій насъ вопросъ (въ данномъ случаѣ — объ общинномъ землевладѣніи) долгое время не находилъ другого рѣшенія, кромѣ богословскаго, или метафизическаго. По мѣрѣ секуляризаціи политики, богословскія рѣшенія социальныхъ вопросовъ вообще, и въ частности вопроса о возникновеніи частной собственности, уступаютъ мѣсто метафизическимъ. Какъ во всѣхъ метафизическихъ рѣшеніяхъ, такъ и въ настоящемъ, ошибка заключается не въ томъ, что въ основаніе теоріи взяты несуществующіе факты, а въ томъ, что этимъ фактамъ придано нimalo не отвѣчающее имъ значеніе первичной и единичной причины мірового явленія. Позже всего принимается на себя рѣшеніе занимающаго насъ вопроса положи-

тельная наука. Специальные изслѣдованія, производимыя въ разныхъ мѣстахъ и независимо другъ отъ друга, приводятъ къ заключенію о позднемъ, сравнительно, возникновеніи частной собственности на землю путемъ разложенія коллективныхъ видовъ недвижной собственности общинно-родовою и позднѣйшихъ, по отношенію къ ней, общинно-сельской и общинно-семейной, при чемъ, какъ трудовое начало, такъ и занятіе, или захватъ, оказываются не болѣе какъ второстепенными моментами въ міровомъ явленіи постепеннаго разложенія архаическаго коммунизма» (предисловіе, стр. II и сл.). Можно оспаривать мнѣніе К. о сравнительной цѣнности однихъ факторовъ этого «разложенія» по отношенію къ другимъ, но нельзя не сказать, что сама мысль, постоянно имъ вездѣ проводившаяся, а именно мысль о сложности процессовъ образованія и развитія юридическихъ институтовъ, оберегала его отъ односторонности и невольно заставляла вдумчиваго читателя самого разбираться въ этой сложности...

IV.

Какъ въ своемъ сочиненіи, выше нами разсмотрѣнномъ («Современный обычай и древній законъ»), такъ и въ своемъ «Первобытномъ правѣ», своихъ лекціяхъ по исторіи происхожденія ссмы и собственности, читанныхъ въ Стокгольмѣ, а равно и въ рядѣ статей, Ковалевскій изучалъ обычное право въ качествѣ необходимаго матеріала для его историко-сравнительныхъ выводовъ. Но въ обширномъ своемъ трудѣ «Законъ и обычай на Кавказѣ» (М., 1890 г.), гдѣ имъ изслѣдуется вообще юридическій бытъ кавказскихъ народностей, онъ одновременно ставитъ вопросъ о такъ называемыхъ горскихъ адатахъ не только теоретически, но и практически. Указавъ, что уже съ 50-хъ годовъ прошлаго столѣтія, вслѣдъ за переходомъ многихъ кавказскихъ народностей подъ русское владычество, начинается у насъ офиціальная записъ ихъ юридическихъ обычаевъ, или адатовъ, и что литература о Кавказѣ «начинаетъ пріобрѣтать размѣры, невольно парализующіе въ каждомъ новомъ изслѣдователѣ стремленіе къ полнотѣ и всесторонности», онъ отмѣчаетъ, однако, неудовлетворительность этихъ записей для рѣшенія вопроса, что такое горскій адатъ, изъ какихъ элементовъ онъ сложился, можно ли видѣть въ немъ исключительное выраженіе народныхъ юридическихъ воззрѣній, или онъ отражаетъ въ себѣ тѣ различныя воздѣйствія, каковыя въ разное время подчинялась историческая жизнь Кавказа. Авторъ затѣмъ подробно изслѣдуетъ «культурныя вліянія» на обычное

право горцевъ, на ряду съ его народными элементами. Мы не имѣемъ возможности останавливаться на этомъ изслѣдованіи, чрезвычайно интересномъ по своей задачѣ. Дѣйствительно, прежде чѣмъ говорить о народномъ обычномъ правѣ, въ качествѣ первоисточника для тѣхъ или иныхъ историко-юридическихъ выводовъ о правосозерцаніи даннаго племени, необходимо точно установить составъ этого первоисточника. Но насъ въ данномъ случаѣ интересуетъ другое. Ковалевскій въ указанномъ трудѣ является не только историкомъ права, но и политикомъ. Онъ справедливо полагаетъ, что «отъ правильнаго рѣшенія вопроса о тѣхъ элементахъ, изъ которыхъ сложилось горское право, зависить не только научное пониманіе кавказскаго права, но и само направленіе нашей внутренней политики въ этой окраинѣ» (т. I, предисловіе, стр. V и сл.). По вѣрному замѣчанію автора, «безъ выясненія туземныхъ и чужеродныхъ элементовъ кавказскаго права русское правительство навсегда останется въ неизвѣстности насчетъ того, что оно должно сохранить, а что отвергнуть въ дѣйствующемъ адатѣ. Этнографія и исторія обязаны на этотъ разъ притти на помощь законодательству и судебной практикѣ, выясняя имъ тотъ путь, по которому они должны идти, имѣя въ виду интересы общественнаго возрожденія края». Авторъ далѣе не обольщаетъ себя мыслью, что его изслѣдованіе «заключаетъ въ себѣ послѣднее слово по возбужденнымъ имъ вопросамъ», а равно постановки вопроса объ отношеніи обычая и закона, какую читатель найдетъ въ его трудѣ (ib.). Для насъ, однако, «эта новая постановка вопроса» представляетъ важность потому, что она свидѣтельствуетъ, что К. и въ вопросѣ объ обычномъ правѣ вообще не былъ одностороннимъ: онъ изучалъ его не только въ цѣляхъ научно-историческихъ, но и практическихъ. Позиція его здѣсь, говоря кратко, такова. Авторъ насчитываетъ до 8 разнородныхъ культурныхъ вліяній на жизнь горцевъ, при чемъ, конечно, оказываетъ и на русское вліяніи на кавказское народное право. Говоря о послѣднемъ, авторъ приходитъ къ тому выводу, что «къ чести нашей политики надо сказать, что въ сношеніяхъ съ отсталыми или слабо-развитыми народностями, населяющими имперію, мы никогда не обнаруживали той готовности ломать установленный у нихъ вѣками строй, какой отличалась, напр., англійская политика въ Индіи въ теченіе прошлаго и въ половинѣ настоящаго столѣтія» (ib., стр. 266 и сл., т. I). Но, съ другой стороны, Ковалевскій далекъ отъ мысли поддерживать, во что бы то ни стало, обычное право во всей его первобытной, перѣдко варварской, неприкосновенности. Онъ указываетъ, что «обычай не

меньше закона может быть результатом религиозного фанатизма, насилия и произвола; что, вмѣсто того чтобы быть всегда первоисточникомъ закона, онъ подчасъ не болѣе какъ его отраженіе, при томъ отраженіе переставшихъ отвѣчать требованіямъ жизни, давно отошедшихъ въ область прошедшаго, религиозныхъ и юридическихъ ценовъ, отмиѣна которыхъ является первымъ шагомъ на пути прогресса». Авторъ считаетъ однимъ изъ предразсудковъ ученыхъ юристовъ «безусловное преклоненіе предъ народнымъ обычаемъ». Онъ думаетъ, что «судебная и административная практика, вступая въ борьбу съ устарѣлыми обычаями, осуществляетъ вполне культурныя задачи и является могущественнымъ орудіемъ общественнаго обновленія (стр. 290). Авторъ неоднократно указываетъ на рядъ такихъ «устарѣлыхъ обычаевъ» горцевъ и рекомендуетъ разумную борьбу съ ними. Такимъ образомъ взглядъ Ковалевскаго на практическое значеніе современнаго обычнаго права со всѣми его стародавними переживаніями, столь любезными для историка-юриста, далекъ отъ идолопоклонства передъ всѣми нормами обычнаго современнаго права, какъ таковыми, но онъ въ то же время далекъ и отъ мысли объ игнорированіи этихъ нормъ совершенно, что у насъ нерѣдко имѣетъ мѣсто какъ въ наукѣ права, такъ и въ практической жизни; тѣмъ паче онъ несклоненъ признавать необходимость насильственныхъ мѣръ къ изгнанію изъ народной среды всѣхъ архаизмовъ его правовозрѣній. Это, разумѣется, единственно правильная точка зрѣнія и нельзя не поставить въ заслугу Ковалевскому ея объективнаго серьезнаго обоснованія цѣлымъ рядомъ важныхъ соображеній. Эта заслуга тѣмъ болѣе обращаетъ на себя вниманіе, что автору, какъ историку-соціологу, легко было увлечься въ односторонность и переоцѣнить значеніе обычнаго права въ качествѣ лишь матеріала для возсозданія первичныхъ стадій праворазвитія человѣчества. Въ Ковалевскомъ, какъ намъ представляется, счастливо сочеталось то, что онъ, съ одной стороны, былъ ученый юристъ, съ громадными историко-сравнительными знаніями древнѣйшаго права аріійцевъ, а съ другой — писатель-гражданинъ. Благодаря своимъ обширнымъ свѣдѣніямъ въ области первобытнаго права, онъ не отворачивался презрительно, — какъ это дѣлается многими юристами-практиками, — отъ самыхъ странныхъ, на первый взглядъ даже дикихъ, обычаевъ и воззрѣній народа и для каждаго изъ нихъ находилъ разумное объясненіе въ народной многовѣковой культурѣ. Эти свѣдѣнія давали ему возможность разбираться въ народныхъ переживаніяхъ такъ же легко, какъ какому-либо опытному хранителю музея древностей объяснять посѣтителямъ научное значеніе

сокровищъ своего музея. Благодаря же тому, что Ковалевскій былъ не мертвый ученый, а живой, отзывчивый на всѣ культурные запросы времени общественный дѣятель, онъ умѣлъ отнестись къ современному обычному праву безъ излишняго сентиментализма: изучая его современныя, уцѣлѣвшія доселѣ еще въ потокѣ исторіи, юридическія древности, онъ цѣнилъ ихъ, какъ таковыя, но вовсе не желалъ сохранять ихъ подъ стекляннымъ колпакомъ вѣчнаго застоя...

Александръ Филипповъ.

Юридическое Обозрѣніе.

Новая Общая тюремная инструкція.

Изъ всѣхъ отдѣловъ науки уголовного права тюремовѣдѣніе привлекало къ себѣ, кажется, наименьшее вниманіе отечественныхъ криминалистовъ. Причины нѣскольکو заброшеннаго положенія пенитенціарной науки въ Россіи можно усматривать въ разныхъ обстоятельствахъ. Намъ думается, однако, что немаловажную роль сыграло здѣсь то, что руководители нашего тюремнаго дѣла чуждались всякаго прикосновенія къ наукѣ и создали въ этомъ отношеніи мало похвальную традицію. Не характерно ли, что Министерство юстиціи и Главное тюремное управленіе не считали нужнымъ до сихъ поръ приглашать на съѣзды тюремныхъ дѣятелей, представителей науки уголовного права, и съѣзды эти, естественно, обращались въ замкнуто-чиновничьи совѣщанія. Они проходили въ рамкахъ строгой субординаціи, съ распредѣленіемъ ролей въ іерархическомъ порядкѣ, по всѣмъ правиламъ табелли о рангахъ¹⁾. Свободная научная мысль и независимая критика «и не ночевали» на съѣздахъ тюремныхъ дѣятелей²⁾.

Если безъ содѣйствія представителей научной мысли обходились даже тогда, когда рѣчь шла о выработкѣ общихъ мѣропріятій по тюремной части, то что сказать о повседневной тюремной практикѣ. Двери тюремъ пріоткрывались для осмотра преимущественно въ связи съ крайне рѣдкими у насъ конгрессами и съѣздами да

¹⁾ Ср. Отчетъ о II Всероссийскомъ съѣздѣ тюремныхъ дѣятелей въ Петроградѣ. «Тюремный Вѣстникъ», 1914 г., № 2. Второй съѣздъ тюремныхъ дѣятелей носилъ особенно замкнутый характеръ даже по сравненію съ первымъ, на которомъ нѣкоторые ученые криминалисты все же присутствовали въ качествѣ почетныхъ гостей. Ср. Отчетъ о первомъ съѣздѣ тюремныхъ дѣятелей, составленный М. М. Воробитиновымъ, въ «Журн. Мин. Юст.», 1902 г., № 4.

²⁾ Характерно на ряду съ этимъ, что Главное тюремное управленіе въ отчетѣ за 1910 г. сочло себя въ правѣ послать юридическимъ факультетамъ нашихъ университетовъ упрекъ въ томъ, что они не находятъ возможнымъ при четырехлѣтнемъ курсѣ сообщать своимъ слушателямъ спеціальныя познанія по тюремовѣдѣнію, которыя вполне отвѣчали бы требованіямъ тюремной службы.

посѣщеніями студентовъ подъ руководствомъ профессоровъ¹⁾. Вообще же здѣсь все было покрыто непроницаемой вуалью тайны, и только въ случаяхъ разоблаченій, проникавшихъ въ заграничную печать, вѣдомство откликалось, выпуская особое «*démenti officiel*»²⁾.

Такъ или иначе, но контакта между пенитенціарной теоріей и практикой тюремнаго дѣла у насъ не установилось. Едва ли можно назвать положеніе современныхъ нашихъ тюремныхъ учреждений и тюремнаго вѣдомства блестящимъ одиночествомъ. Реформаціонныя идеи новаго времени, нашедшія свое выраженіе въ трудахъ научныхъ конгрессовъ, опыты дѣйствительнаго пресѣжденія тюремнаго строя на Западѣ не оказали сколько-нибудь замѣтнаго вліянія на постановку нашего карательнаго заключенія. Нѣкоторыя привлекательныя новшества — напр., условное досрочное освобожденіе — такъ и остались въ качествѣ случайной пристройки въ стилѣ «модернъ» къ старому, обветшавшему зданію нашей тюрьмы.

Къ числу факторовъ, опредѣляющихъ самый характеръ режима мѣстъ заключенія, относятся несомнѣнно правила управленія мѣстами заключенія и внутренняго тюремнаго распорядка. Въ этомъ отношеніи наши карательныя учрежденія до самаго послѣдняго времени были поставлены въ плачевное положеніе, будучи почти совершенно лишены общаго инструкціоннаго руководства. Съ 1831 г. у насъ формально имѣла силу архаическая «инструкція смотрителю тюремнаго замка». Эта инструкція, однако, настолько изжила себя, что «потеряла окончательно всякое значеніе, ставъ даже до извѣстной степени библиографическою рѣдкостью»³⁾. Парадоксальность этого сочетанія — инструкція — библиографическая рѣдкость! — усугублялась еще тѣмъ, что правила инструкціи 1831 г. подлежали примѣненію лишь въ той мѣрѣ, «сколько мѣстные обстоятельства и способы то позволяютъ».

Въ новѣйшее время, особенно съ момента учрежденія Главнаго тюремнаго управленія, оживилась циркулярная дѣятельность вѣдомства, при чемъ отъ времени до времени дѣлалась попытка сс-

¹⁾ В. Д. Набоковъ выражаетъ совершенно основательное сомнѣніе въ особой пользѣ такихъ бѣглыхъ посѣщеній тюремныхъ учреждений, отмѣчая, между прочимъ, что въ Училищѣ Правовѣднія «въ прежнія — не очень, впрочемъ, отдаленныя — времена эти поѣздки юныхъ правовѣдовъ по тюрьмамъ носили самый откровенный характеръ *partie de plaisir*». См. ст. «Тюремныя досуги», «Право», 1908 г., № 34. — Осмотръ тюремъ пріѣзжими иностранцами также нерѣдко носитъ очень поверхностный характеръ. Ср. П. Кропоткинъ, Въ русскихъ и французскихъ тюрьмахъ. С.-Пб. 1906, стр. 151 и сл.

²⁾ Ср. «A propos des bruits sur les pretendus oppressions des detenus dans les prisons russes». *Démenti officiel*. S.-Petersbourg. 1910.

³⁾ Н. Ф. Лучинскій, Краткій очеркъ дѣятельности Главнаго тюремнаго управленія за первыя XXXV лѣтъ его существованія (1879—1914). «Тюр. Вѣстникъ», 1914 г., № 2, стр. 285.

бирания и систематизации отдельных циркуляров. Наибольше значение имели выпущенный в 1890 г. «Систематический сборник узаконений и распоряжений по тюремной части, составленный В. Н. Коковцовым и С. В. Рухловым¹⁾ (2-ое изд. — в 1894 г.) и официальный «Сборник циркуляров, изданных по Главному тюремному управлению в 1879—1910 гг.». Необходимо отметить еще составленное А. Н. Рябчиковым комментированное издание «Устава о содержащихся под стражей» и «Сборник узаконений и распоряжений по тюремной части» Т. М. Лопато. Некоторые отрасли тюремного дела, напр., распределение служебных обязанностей между чинами тюремного управления, регламентировались временными правилами²⁾.

Уже в 1901 г. Главное тюремное управление приступило к выработке общей тюремной инструкции, был составлен проект такой инструкции, но практических последствий это мероприятие не имело³⁾. Только в 1912 г. был издан и введен в действие, в вид опыта, проект общей тюремной инструкции. Циркуляр о введении ее в действие указывал, что инструкция не придается безусловно обязательного значения, и губернаторам предоставляется распорядиться о временном сохранении в силе прежде последовавших распоряжений по тюремному ведомству в тех случаях, когда такая мера будет признана ими по местным условиям необходимою. В самое последнее время, 28 декабря 1915 г., общая тюремная инструкция⁴⁾ была утверждена Министром юстиции А. А. Хвостовым и опубликована в февральском выпуске «Тюремного Вестника» за текущий год. О. Т. И. в современном ее виде почти полностью воспроизводит проект 1912 г. Изменения, в нее внесенные, носят в большинстве случаев редакционный характер⁵⁾; число статей возросло с 307 до 331, в связи с чем изменился и порядок нумерации.

Таким образом, в настоящее время управление местами заключения и внутренний их распорядок опре-

¹⁾ Не всем, вероятно, известно, что б. председатель Совета министров гр. В. Н. Коковцов и б. министр путей сообщения С. В. Рухлов начинали свою служебную карьеру в тюремном ведомстве.

²⁾ Более подробные сведения о распоряжениях по тюремному ведомству см. в «Списке руководств и пособий для изучения тюремного дела», составленном Н. Ф. Лучинским под руководством т. с. С. С. Хрулева. «Тюр. Вестник», 1912 г., № 4.

³⁾ См. «Тюр. Вестник», 1901 г., № 7, и ст. А. А. Пионтковского, Дисциплинарные взыскания в карательных учреждениях. «Журн. Мин. Юст.» 1904 г., № 4, стр. 84, прим. 1.

⁴⁾ В дальнейшем для Общей тюремной инструкции мы принимаем сокращенное обозначение — О. Т. И.

⁵⁾ Некоторые отступления по существу отмечены нами в дальнейшем изложении.

дѣляются постояннымъ статутомъ. Наличие послѣдняго даетъ возможность заглянуть во внутренній механизмъ нашей тюрьмы, ознакомиться если не съ дѣйствительною картиною тюремной жизни, то, по крайней мѣрѣ, съ тѣмъ, что признается нормой, правиломъ, съ тѣмъ, къ достиженію чего должны стремиться руководители нашего тюремнаго дѣла.

Въ послѣдующемъ изложеніи мы ограничимся общей характеристикой главнѣйшихъ положеній новсй О. Т. И. и посылкой ихъ, не притязая на исчерпывающее изложеніе, комментарий и критику инструкціи.

О. Т. И. состоитъ изъ введенія, опредѣляющаго пространство дѣйствія инструкціи, двухъ основныхъ отдѣловъ, посвященныхъ управленію мѣстами заключенія (I) и внутреннему тюремному распорядку (II), и четырехъ приложений¹⁾. О. Т. И. является обязательной для слѣдующихъ мѣстъ заключенія гражданскаго вѣдомства: а) каторжныхъ тюремъ; б) исправительныхъ арестантскихъ отдѣленій и в) тюремъ прочихъ наименованій (губернскихъ, областныхъ, уѣздныхъ, окружныхъ, слѣдственныхъ, срочныхъ, пересыльных и пр.) (ст. 1). Что же касается арестныхъ домовъ и помѣщеній, въ которыхъ содержатся арестанты тюремнаго разряда, то здѣсь О. Т. И. дѣйствуетъ лишь въ отношеніи порядка содержанія арестантовъ и при томъ лишь постольку, «поскольку мѣстные обстоятельства то дозволяютъ» (ст. 2). Итакъ, въ примѣненіи къ цѣлому ряду мѣстъ заключенія правила О. Т. И. представляютъ лишь благочестивыя пожеланія, — *verba et voces, praeterea que nihil*²⁾.

Опредѣляя права и обязанности лицъ, служащихъ въ мѣстахъ заключенія, О. Т. И. выдвигаетъ на первый планъ задачу окарауливанія арестантовъ, усматривая первый и важнѣйшій долгъ службы чиновъ тюремной администраціи и стражи въ недопущеніи побѣговъ арестантовъ, находящихся подъ ихъ охраною и наблюденіемъ (ст. 5, ср. также ст. ст. 14, п. а, 88, 97, 108, 110—115, 120—123, 238—240, 243, 268—271, 309 и мн. др.). На тюремный персоналъ возлагается обязанность поддерживать порядки и дисциплину въ тюремномъ учрежденіи, требуя отъ арестантовъ «неуклоннаго соблюденія тюремныхъ правилъ, полного повиновенія и въ то же время заботясь о нравственномъ ихъ испра-

¹⁾ Эти приложения содержатъ правила о призывѣ войскъ для содѣйствія гражданскимъ властямъ, извлеченія изъ Устава конвойной службы, инструкцію объ употребленіи оружія чинами тюремной администраціи и стражи и правила храненія надзирательскаго вооруженія. Въ нашемъ изложеніи мы всѣхъ этихъ правилъ, заключающихся въ приложенияхъ, не затрогиваемъ.

²⁾ Правила О. Т. И. примѣняются, какъ будетъ видно изъ дальнѣйшаго, къ аресту и къ крѣпости, въ случаяхъ, когда они отбываются въ тюрьмѣ.

вленіи и приученіи ихъ къ порядку и труду» (ст. 6; ср. также ст. 87). Это характерное «и въ то же время» звучитъ удивительно слабо, какъ искусственный фразеологическій придатокъ къ рѣшительному и категорическому требованію полного повиновенія.

Заслуживаетъ быть особо отмѣченной ст. 80 Т. И., обязывающая тюремныхъ служащихъ въ обращеніи съ арестантами соблюдать безпристрастіе, спокойствіе и сдержанность, не употреблять бранныхъ и оскорбительныхъ выраженій и не вступать съ ними ни въ какія сдѣлки или въ личныя, неслужебныя отношенія (принятіе подарковъ, исполненіе порученій, пользованіе услугами и т. п.).

Весьма обстоятельно опредѣляетъ инструкція права и обязанности начальника заключенія (ст. ст. 13—32) и его помощниковъ (ст. ст. 33—47).

Что касается другихъ лицъ, состоящихъ при мѣстахъ заключенія, то О. Т. И. относитъ къ этой части персонала православныхъ священно-и церковнослужителей, духовныхъ лицъ другихъ исповѣданій, учителей, учительницъ, бібліотекарей, врачей, фельдшеровъ, фельдшерницъ и акушеровъ и нѣкоторыхъ другихъ. На тюремнаго священника О. Т. И. возлагаетъ не только службу въ церкви, исполненіе требъ и т. п., но и преподаваніе въ тюремной школѣ отечествовѣдѣнія и другихъ предметовъ, надзоръ за правильностью преподаванія въ этой школѣ и за успѣхами учащихся и завѣдываніе тюремной бібліотекою, если для этого не будетъ назначено другое лицо (ст. 51). Сверхъ того, тюремный священникъ приглашается возможно чаще посѣщать арестантскія камеры, знакомиться съ личностью арестантовъ, бесѣдовать съ ними, если нужно, наединѣ, въ цѣляхъ духовно-нравственнаго ихъ исправленія (ст. 52) и, въ случаѣ просьбы заключенныхъ, заботиться, по возможности, объ оказаніи помощи ихъ семействамъ (ст. 54). Инославныя духовныя лица исполняютъ свои обязанности «примѣнительно къ правиламъ, установленнымъ для православнаго духовенства» (ст. 56).

На учителя или учительницу возлагается, кромѣ школьныхъ занятій завѣдываніе бібліотекой мѣста заключенія, «подъ надзоромъ начальника тюрьмы и подъ руководствомъ тюремнаго священника» и веденіе общеобразовательныхъ чтеній. Допущеніе постороннихъ «благонадежныхъ лицъ» для тѣхъ же просвѣтительныхъ цѣлей обусловлено разрѣшеніемъ губернатора, при чемъ О. Т. И. спѣшитъ подчеркнуть, что эти лица, «въ случаѣ несоблюденія ими установленныхъ въ тюремномъ учрежденіи правилъ, немедленно (sic!) отстраняются отъ исполненія указанныхъ обязанностей» (ст. 58).

Въ числѣ многочисленныхъ обязанностей тюремнаго врача (стт. 59—69) О. Т. И. указываетъ, между прочимъ, освѣдѣтельство-ваніе арестантовъ для опредѣленія возможности принятія въ отношеніи ихъ особыхъ мѣръ: освобожденія отъ работъ или назначенія на тяжелую работу, примѣненія тѣлеснаго наказанія, наложенія или снятія кандаловъ, препровожденія по этапу и т. п.

О. Т. И. предусматриваетъ совѣщанія чиновъ тюремной администраціи и лицъ, состоящихъ при мѣстахъ заключенія, въ цѣляхъ правильнаго освѣщенія вопросовъ тюремной жизни и ознакомленія чиновъ администраціи съ послѣдовавшими распоряженіями по тюремной части (ст. ст. 79—83). Совѣщанія созываются по мѣрѣ надобности въ составѣ начальника мѣста заключенія, его помощниковъ, тюремнаго священника и врача. Участіе другихъ служащихъ (въ томъ числѣ и тюремнаго учителя) ставится въ зависимость отъ усмотрѣнія начальника.

При опредѣленіи обязанностей службы тюремной стражи (стт. 84—89) О. Т. И. выдвигаетъ начало безпрекословнаго подчиненія младшихъ чиновъ старшимъ (ст. 83). Въ главѣ, специально отведенной службѣ младшихъ тюремныхъ надзирателей (ст. ст. 109—125) обрисовывается отчасти и внутренній тюремный распорядокъ, проникнутый строго-военной дисциплиной. Въ этомъ отношеніи особенно примѣчательна ст. 118: «При входѣ начальствующихъ лицъ въ камеры дежурный надзиратель, если не послѣдуетъ другого распоряженія, командуетъ арестантамъ: «встать, смирно», требуя при томъ, чтобы арестанты построились въ ряды. Если камера посѣщается ночью или днемъ, въ назначенные для отдыха часы, то арестанты поднимаются лишь по требованію посѣщающихъ начальствующихъ лицъ. Въ больницахъ команда «встать» не дается, но арестанты, которые могутъ подняться безъ особыхъ усилій, встаютъ» (ср. также ст. 124).

Второй отдѣлъ О. Т. И., опредѣляющій внутренній тюремный распорядокъ, представляетъ для насъ особый интересъ, давая возможность ознакомиться съ тѣми задачами, которыя ставитъ себѣ наше тюремное вѣдомство, и съ тѣми пенитенціарными методами и приѣмами, которые оно при этомъ рекомендуетъ примѣнять.

Всѣхъ вообще арестантовъ О. Т. И. дѣлитъ на двѣ большія группы: къ первой принадлежатъ лица, состоящія подъ слѣдствіемъ и судомъ, несправные должники и задержанные въ порядкѣ административномъ, ко второй — такъ называемыя срочные арестанты. Лица первой группы, какъ не изобличенныя по суду въ какомъ-либо преступномъ дѣяніи, подвергаются лишь тѣмъ стѣсненіямъ и огра-

ниченіямъ, которыя вызываются необходимостью предупредить уклоненіе ихъ отъ отвѣтственности, обезпечить правильный ходъ слѣдствія или дознанія и поддержать необходимый въ мѣстѣ заключенія порядокъ. Что же касается срочныхъ арестантовъ, то «лишеніе свободы, ставя ихъ въ невозможность продолжать преступную дѣятельность, преслѣдуетъ цѣль не только наказанія, но и исправленія, искореняя въ нихъ дурныя наклонности и привычки, приучая и подготавливая къ трудовому и законному образу жизни на свободѣ» (ст. 156). Ст. 156 О. Т. И. является развитіемъ ст. 1 Уст. о содержащихся подъ стражей.

Постановленія О. Т. И., касающіяся размѣщенія арестантовъ, задаются благою цѣлью провести нѣкотораго рода классификацію ихъ по полу, возрасту, судимости, разрядамъ (испытанные, исправляющіеся), по срокамъ заключенія, по признаку рецидива и т. п. Но ст. 153, говорящая объ этомъ, трижды указываетъ, что всѣ эти мѣры распредѣленія заключенныхъ примѣняются лишь «по возможности» и «гдѣ это возможно».

О. Т. И. подробно регламентируетъ поведеніе арестантовъ и распредѣленіе арестантскаго дня. Отмѣтимъ категорическое воспрещеніе заключеннымъ имѣть своихъ старость, и уполномоченныхъ. Не ограничиваясь запретомъ дѣйствій, нарушающихъ благочиніе, инструкція не дозволяетъ арестантамъ заниматься въ минуты досуга какими бы то ни было играми (ст. 171), хотя бы это были пашки или шахматы. Здѣсь новая О. Т. И. почти дословно повторяетъ инструкцію 1831 г., которая, впрочемъ, воспрещала, сверхъ того, «всякаго рода рѣзвости». Въ отношеніи пѣнія новая О. Т. И. ригористичнѣе старой: она его вовсе воспрещаетъ, тогда какъ старая не допускала только «соблазнительныхъ пѣсень» (ст. 50). Куреніе табаку также стоитъ подъ запретомъ и можетъ быть разрѣшено только въ качествѣ награды за хорошее поведеніе и усердіе къ работамъ (ст. 172).

Извѣстно, что наша продовольственная табель далеко уступаетъ раскладкамъ, примѣняемымъ въ иностранныхъ тюрьмахъ¹⁾. Между тѣмъ О. Т. И. ограничиваетъ доставленіе припасовъ въ тюрьму со стороны, допуская приношенія лишь при свиданіяхъ съ заключенными и только отъ близкихъ родственниковъ (ст. 188). Мало того, по совершенно неизвѣстнымъ мотивамъ, О. Т. И. предоставляетъ губернатору право временно воспрещать въ отдѣльныхъ

¹⁾ На это совершенно правильно указывалъ б. начальникъ Главнаго Тюремнаго управленія С. С. Хрулевъ въ отчетѣ по тюремному вѣдомству за 1910 г.

мѣстахъ заключенія, для тѣхъ или иныхъ категорій арестантовъ, приношеніе всѣхъ или нѣкоторыхъ стѣстныхъ припасовъ, кромѣ чая и сахара (прим. къ ст. 188).

Въ отношеніи вещевого довольствія въ весьма стѣснительное положеніе поставлены даже тѣ заключенные, которымъ разрѣшается носить собственную одежду: такъ, они могутъ имѣть въ камерѣ одну смѣну чистаго бѣлья, помимо той, которая находится въ ихъ дѣйствительномъ пользованіи. Изъятіе допускается лишь для женщинъ, которымъ дозволяется имѣть двѣ смѣны бѣлья.

Отдѣльная глава О. Т. И. отведена занятію арестантовъ работами (ст. ст. 217—240). Цѣль тюремныхъ работъ инструкція усматриваетъ: 1) въ отвлеченіи арестантовъ отъ праздности; 2) въ приученіи ихъ къ производительному труду; 3) въ обученіи полезнымъ мастерствамъ и ремесламъ и 4) въ предоставленіи арестантамъ заработка, который давалъ бы имъ возможность оказывать вспоможеніе своимъ семьямъ и сдѣлать сбереженія для обезпеченія своего существованія по освобожденіи изъ-подъ стражи (ст. 217). Задачи тюремнаго труда намѣчены, такимъ образомъ, достаточно широко. При назначеніи арестантовъ на работы О. Т. И. рекомендуетъ принимать во вниманіе физическія силы, способности, прежнія занятія, степень образованія и общественное положеніе каждаго заключеннаго (ст. 219). Тюремная администрація, прилагая старанія, чтобы работами были заняты всѣ, обязанные ими заниматься, должна заботиться и о привлеченіи къ труду лицъ, необязанныхъ по закону работать (ст. ст. 218 и 222). Рабочій день въ тюрьмѣ колеблется отъ 10 до 11 часовъ, въ зависимости отъ времени года, включая въ указанное число часовъ время, опредѣленное для школьныхъ занятій и принятія пищи (ст. 223).

Арестантскія работы О. Т. И. дѣлитъ, съ одной стороны, на хозяйственныя, цѣль которыхъ — удовлетвореніе текущихъ потребностей мѣстъ заключенія, и доходныя, а, съ другой, по признаку мѣста ихъ производства, на внутреннія и наружныя. Выводъ заключенныхъ на наружныя работы О. Т. И. обставляетъ большими ограниченіями, безусловно не допуская къ нимъ не только тѣхъ, кто подастъ поводъ ожидать попытки къ побѣгу, но и, напр., вообще всѣхъ арестантовъ, которымъ остается до окончанія срока наказанія болѣе трехъ лѣтъ, далѣе, всѣхъ лицъ, отбывающихъ наказаніе за государственныя преступленія и пр. (ст. ст. 237, 238). Въ отношеніи самой организаціи тюремнаго труда О. Т. И. допускаетъ какъ хозяйственную систему работъ (*système de regie*), такъ же и систему подрядную (*système d'entreprise*) (ст. 235).

Мѣры духовно-правственнаго и просвѣтительнаго воздѣйствія

на заключенныхъ (ст. ст. 241—260) выражаются прежде всего въ привлеченіи ихъ къ исполненію конфессіональныхъ обязанностей. Прежняя Инструкція смотрителю тюремнаго замка выражалось на этотъ счетъ весьма рѣшительно: «всѣ содержащіеся въ тюремномъ замкѣ должны говѣть по очереди» (ст. 100), «кто не былъ у исповѣди..., того заставлятъ говѣть (ст. 103). О. Т. И. выражается менѣе категорически: «Православные арестанты ежегодно говѣютъ» (ст. 241), по такъ какъ новая инструкція обычно употребляетъ эту форму для выраженія долженствованія, обязанности то, видимо, и нынѣ сохраняется прежній порядокъ принудительности. Поученія и бесѣды духовныхъ лицъ съ арестантами, по выраженію ст. 244 О. Т. И., «имѣютъ назначеніемъ внушеніемъ правильныхъ понятій о религіи, ... объ общихъ гражданскихъ обязанностяхъ, требующихъ преданности Престолу и отечеству и подчиненія существующимъ законамъ и властямъ, а также внушеніе имъ стремленія къ усовершенствованію въ нравственномъ смыслѣ».

Изъ мѣръ просвѣтительныхъ О. Т. И. предусматриваетъ общеобразовательныя чтенія, которыя не должны «касаться событій текущей политической и общественной жизни» (ст. 246), и школьныя занятія, въ особенности съ несовершеннолѣтними. И къ присутствію на чтеніяхъ, и къ школьнымъ занятіямъ содержащіеся въ одиночномъ заключеніи допускаются лишь въ томъ случаѣ, если возможно устранить переговоры ихъ между собою и съ другими арестантами (ст. 245 и 249). Просвѣтительнымъ цѣлямъ служатъ также тюремныя библіотеки. Кромѣ книгъ, воспрещенныхъ къ обращенію посудобнымъ опредѣленіямъ, въ тюремныя библіотеки не допускаются и произведенія печати, запрещенныя къ обращенію на основаніи отмѣненныхъ въ 1905 г. правилъ. Всѣ вообще изданія допускаются лишь съ разрѣшенія тюремнаго инспектора, при чемъ признанныя неподходящими пожертвованная книги, не востребованныя жертвователями, продаются или уничтожаются (!) (ст. 254). Число книгъ, выдаваемыхъ на недѣлю, не должно превышать трехъ на одного заключеннаго, не считая евангелія, библіи и молитвенника, словарей, картъ и другихъ пособій (ст. 255). Периодическія изданія выдаются для чтенія арестантамъ не ранѣе года послѣ ихъ выхода въ свѣтъ, и отступленія отъ этого правила допускаются только съ особаго разрѣшенія начальника Главнаго тюремнаго управленія.

Длинный рядъ статей О. Т. И. опредѣляетъ порядокъ сношеній арестантовъ съ внѣшнимъ міромъ, — свиданія (ст. 261—277) и переписку заключенныхъ (ст. 278—294). Отмѣтимъ здѣсь немногое. Въ наиболѣе льготное положеніе относительно свиданій поставлены

несостоятельные должники, лица, присужденныя къ крѣпости, но отбывающія наказанія въ тюрьмахъ, и нѣкоторые другіе (ст. 263). Всѣмъ этимъ заключеннымъ свиданія разрѣшаются не только съ родственниками, но и съ посторонними лицами, и при томъ не одинъ, а два раза въ недѣлю. Но льготы свиданій безъ рѣшетки и сѣтки (ст. 289) и нѣкоторыя преимущества въ отношеніи переписки (ст. 268) О. Т. И. предоставляетъ только несостоятельнымъ должникамъ и присужденнымъ къ аресту, не упоминая о приговоренныхъ къ крѣпости.

Посѣщенія мѣстъ заключенія директорами тюремныхъ комитетовъ и членами обществъ патроната требуютъ разрѣшенія губернатора или тюремнаго инспектора, а бесѣды этихъ лицъ съ арестантами обставлены рядомъ ограниченій и могутъ происходить лишь въ присутствіи тюремной администраціи или стражки (ст. 275).

Переписка заключенныхъ подлежитъ цензурѣ прокуратуры. На судьбу писемъ можетъ оказывать вліяніе и тюремная администрація, между прочимъ, въ томъ случаѣ, если она усмотритъ въ нихъ «тенденціозное описаніе внутренняго тюремнаго распорядка или указанія на различныя обстоятельства (?) текущей политической и общественной жизни» (ст. 283).

О. Т. И. воспрещаетъ всякое не предусмотрѣнное закономъ смягченіе или отягощеніе условій содержанія въ мѣстахъ заключенія. Но арестантамъ, отличающимся хорошимъ поведеніемъ и прилежаніемъ къ труду, предоставляются, въ предѣлахъ правилъ, льготы и поощренія, изъ которыхъ О. Т. И. опредѣленно называетъ, собственно, только представленіе къ условному досрочному освобожденію (ст. 295), область примѣненія котораго по закону 22 іюня 1909 г., какъ извѣстно, очень ограничена.

Съ гораздо большей опредѣленностью О. Т. И. говоритъ объ исправительно-дисциплинарныхъ мѣрахъ. Прежде всего, она устанавливаетъ, что «не должны оставаться безъ надлежащаго взысканія даже и маловажные проступки или нарушенія» (ст. 295.) Наложеніе на арестантовъ дисциплинарныхъ взысканій, кромѣ выговора, производится по письменнымъ постановленіямъ начальника мѣста заключенія, заносимымъ въ особую книгу, при чемъ условіемъ примѣненія дисциплинарнаго взысканія къ подсѣдственнымъ и къ несостоятельнымъ должникамъ служитъ согласіе прокурорскаго надзора (ст. ст. 295, 296, 300)¹⁾. Взысканіе можетъ быть наложено не иначе, какъ по надлежащей провѣркѣ объясненій провинившагося, а мѣра взысканія должна быть сообразована «съ свойствомъ

¹⁾ О томъ, въ какой мѣрѣ этотъ порядокъ соблюдался до сихъ поръ, см. ст. Г. Котлярова, Законъ и тюремная практика. «Право», 1908 г., № 22.

поступка, со степенью виновности, умственнымъ развитіемъ, поведеніемъ, характеромъ и особенностями провинившагося» (ст. 299).

Порядокъ примѣненія тѣлеснаго наказанія въ случаяхъ, допускаемыхъ закономъ, опредѣляется въ ст. 301. Оно налагается за «особенно выдающіеся проступки противъ тюремной дисциплины по соображенію не только съ тяжестью вины арестанта, подлежащаго наказанію, но и съ его личными особенностями, какъ-то: уровнемъ его образованія и умственнаго развитія, степенью его нравственной чувствительности, принадлежностью его до осужденія къ тому или другому классу населенія, предшествующимъ поведеніемъ во время заключенія и т. п.» Заключение о возможности примѣненія тѣлеснаго наказанія по состоянію здоровья дается врачомъ или, за отсутствіемъ его, фельдшеромъ. Тѣлесное наказаніе можетъ быть примѣнено даже къ содержащимся въ больницахъ по соглашенію съ завѣдующими этими больницами врачами.

Предусматриваетъ О. Т. И. и наложеніе кандаловъ (ст. 309). Оставленіе въ нихъ можетъ длиться три мѣсяца, а съ разрѣшенія тюремнаго инспектора и дольше. Изъ другихъ видовъ дисциплинарныхъ взысканій О. Т. И. говоритъ о темномъ и свѣтломъ карцерѣ и требуетъ, чтобы содержаніе въ нихъ арестантовъ не вызывало вредныхъ послѣдствій для ихъ здоровья (ст. ст. 302, 303). Кромѣ того, О. Т. И. упоминаетъ о лишеніи арестантовъ права чтенія книгъ, кромѣ религіозныхъ, о воспрещеніи приобрѣтать на собственныя средства съѣстные припасы и объ уменьшеніи пищи (ст. 307).

Таковы основныя положенія новой Общей тюремной инструкціи, введенной нынѣ въ дѣйствіе¹⁾. Прежде, чѣмъ перейти къ ея оцѣнкѣ, оговоримся, что самая безукоризненная тюремная инструкція не могла бы еще, разумѣется, обеспечить вполнѣ ей соотвѣтствующій пенитенціарный строй. Въ тюремномъ дѣлѣ, по справедливому замѣчанію извѣстнаго тюрьмовѣда Кроне, главнѣйшее значеніе имѣютъ люди, а не правила²⁾. Но если правила, если инструкція, сами по себѣ, недостаточны для достиженія пенитенціарныхъ цѣлей, то они все же, какъ мы уже указывали, даютъ возможность судить о самыхъ принципахъ руководителей тюремнаго дѣла.

¹⁾ Разборъ проекта новой О. Т. И. въ духѣ офиціознаго комментарія см. въ статьѣ Н. Лучинскаго, Тюремный режимъ. «Тюр. Вѣстникъ», 1913 г., №№ 8—9.

²⁾ «Menschen nicht Massregeln». Dieser Satz hat für die Gefängnisverwaltung eine ganz besondere Bedeutung». K. Krohne, Lehrbuch der Gefängnis-kunde. Stuttgart, 1889, стр. 518. «Вопросъ о составѣ тюремнаго управленія въ особенности мѣстнаго», замѣчаетъ, со своей стороны, Н. С. Таганцевъ, «является краугольнымъ камнемъ всего тюремнаго дѣла». «Русское уголовное право», т. II, С.-Пб. 1902 г., стр. 1244.

Съ этой стороны и изъ краткой характеристики О. Т. И., сдѣланной выше, позволительно, кажется, заключить, что авторы ея совершенно не задавались какими-либо широкими планами тюремнаго переустройства, исходящими изъ признанія неудовлетворительности настоящаго положенія вещей, и если руководились какимъ-либо общимъ началомъ, то единственно развѣ опасеніемъ «поддаться псевдо-гуманнымъ воззрѣніямъ и тенденціямъ» (выраженіе г. Лучинскаго). Правда, въ нѣкоторыхъ статьяхъ О. Т. И. мы находимъ рядъ требованій человѣколюбиваго, спокойнаго и справедливаго обхожденія съ заключенными и даже заботъ объ ихъ нравственномъ исправленіи. Вспомнимъ, однако, что подобныя положенія-декларациі — еще болѣе краснорѣчивыя и въ еще большемъ изобиліи — содержались и въ архаической Инструкціи 1831 г. Такъ, ст. 205 этой инструкціи требовала, чтобы «смотритель обходился съ арестантами кротко и человѣколюбиво», старался «приобрѣсть ихъ къ себѣ довѣренность разспрашиваніемъ о нуждахъ ихъ, доставленіемъ иногда нѣкоторыхъ пособій, ласковыми при трудахъ разговорами». А ст. 232 рекомендовала особую снисходительность въ тѣхъ случаяхъ, когда «добродѣтельный отецъ семейства, хорошій гражданинъ, честный человѣкъ, безъ всякой вины, неожиданными переворотами судьбы и случаями, конхъ не въ силахъ человѣческихъ предвидѣть, можетъ быть потерю всего состоянія вовлеченъ въ долги, за которые правительство принуждено будетъ лишить его свободы». Всѣ эти гуманныя деклараціи, какъ извѣстно, не помѣшали тому, что тюрьмы находились въ состояніи, «наводящемъ ужасъ», а «добродѣтельные отцы семействъ» сидѣли въ такъ называемой «Ямѣ»¹⁾. И въ настоящее время общеизвѣстная неподготовленность значительной части чиновъ тюремнаго вѣдомства къ своимъ обязанностямъ, невѣжественность плохо оплачиваемаго и потому случайно набраннаго низшаго персонала, къ сожалѣнію, заставляютъ усомниться въ томъ, что начала человѣчности, безпристрастія и сдержанности войдутъ въ обиходъ тюремной жизни вмѣстѣ съ новой тюремной инструкціей.

Существенны для насъ, повторяемъ, не «словесныя украшенія» О. Т. И., а тѣ методы управленія и тѣ пенитенціарныя приемы, которые ею предусматриваются. Въ этихъ методахъ и приемахъ мы усматриваемъ много сомнительнаго и еще больше прямо отрицательнаго. Единственная задача, которой новая О. Т. И. служитъ дѣйствительно «не за страхъ, а за совѣсть» — это задача окараули-

¹⁾ Ср. А. О. Кони, О. П. Гаазъ. Біографія. Изд. 3, стр. 19 и 131.

ванія арестантовъ, предупрежденія того, что инструкция 1831 г. называла «разными вымыслами и заговорами къ утеку»¹⁾. Конечно, служеніе этой цѣли является элементарнѣйшей функціей карательнаго заключенія. Однако, только при весьма низкомъ уровнѣ тюремнаго дѣла окарауливаніе арестантовъ поглощаетъ всѣ остальные собственно пенитенціарныя задачи, на долю которыхъ О. Т. И. отводитъ лишь самое незначительное мѣсто.

Изъ правилъ административнаго характера вызываетъ недоумѣніе та крайне незначительная роль, которая отведена на долю учителя, находящагося подъ надзоромъ священника и лишеннаго права голоса въ совѣщаніяхъ тюремнаго персонала. Между тѣмъ, при рациональной постановкѣ тюремнаго образованія, учителю, казалось бы, должна быть обезпечена болѣе самостоятельная и достойная его миссіи роль. Нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, думать, что инструкция, рассчитанная на многіе годы дѣйствія, исходитъ исключительно изъ современнаго глубоко-ненормальнаго положенія, когда «школьныя занятія въ нашихъ тюрьмахъ — явленіе рѣдкое, исключительное»²⁾.

Всякій разъ, когда въ О. Т. И. рѣчь идетъ о лицахъ, не принадлежащихъ къ тюремному персоналу, но желающихъ притти ему на помощь въ дѣлѣ просвѣтительнаго и моральнаго воздѣйствія на заключенныхъ, всякій разъ ясно чувствуется, что это участіе въ сущности только терпится. Это явствуетъ изъ требованія немедленнаго устраненія лекторовъ, ведущихъ чтенія въ тюрьмѣ, въ случаѣ какого-либо отступленія отъ тюремныхъ правилъ³⁾, и, пожалуй еще опредѣленнѣе явствуетъ это изъ тѣхъ стѣснительныхъ условій въ которыя поставлено общеніе заключенныхъ даже съ директорами и членами обществъ патроната⁴⁾. И здѣсь чувствуется та же старая тюремная традиція, которая еще доктору Гаазу преграждала путь

¹⁾ Это исключительное вниманіе къ задачѣ окарауливанія не препятствуетъ тому, что, по справедливому замѣчанію г. Исаева, количество побѣговъ и покушеній на нихъ у насъ невѣроятно велико по сравненію съ Западной Европой. «Журналъ угол. права и процесса», 1912 г., № 2. Русская тюремная хроника за 1911 г.

²⁾ С. В. Познышевъ, Очерки тюремновѣдѣнія, стр. 171; также В. А. Гагенъ, Духовно-нравственное и просвѣтительное воздѣйствіе на заключенныхъ. «Тюр. Вѣстникъ», 1913 г., №№ 8—9, стр. 1234. Интересныя для сравненія свѣдѣнія о постановкѣ школьнаго образованія въ бельгійскихъ тюрьмахъ приведены въ книгѣ С. В. Познышева, Бельгійскія тюрьмы. М. 1909, стр. 70 и сл.

³⁾ Еще въ циркулярѣ 1889 г. говорилось: «Выборъ лекторовъ долженъ быть крайне строгъ, дабы не допустить къ арестантамъ лицъ съ тенденціознымъ направленіемъ». См. А. Н. Рябчиковъ, Уставъ о содержащихся подъ стражей, стр. 210, тез. 6.

⁴⁾ Отметимъ здѣсь, что бельгійскій *Reglement general des prisons* опредѣляетъ, что уполномоченные на то члены комитетовъ патроната и другихъ благотворительныхъ обществъ должны возможно чаще посѣщать заключенныхъ (art. 226, ср. также art. 243). Ср. русскій переводъ бельгійскаго Общаго тюремнаго устава. «Тюр. Вѣстникъ», 1912 г., № 2.

въ тюрьму. Этому «утрированному филантропу», явившемуся въ пересыльную тюрьму въ качествѣ директора тюремнаго комитета, угрожали удаленіемъ силою, если онъ будетъ «нарушать порядокъ»¹⁾!

Едва ли можно одобрить тѣ крайности, въ которая впадаетъ О. Т. И., въ своемъ педантическомъ проведеніи военной дисциплины, которая проникаетъ даже въ больницу, заставляя вытягиваться передъ начальствомъ больныхъ, способныхъ подняться «безъ особыхъ усилій». При этомъ, повидимому, къ соблюденію военной дисциплины («встань, смирно!» и пр.) обязываются и подслѣдственные и даже приговоренные къ крѣпости, отбывающіе свое наказаніе въ тюрьмѣ... Наказаніе, замѣняющее крѣпость, утрачиваетъ, такимъ образомъ, всякое подобіе почетнаго заключенія (*custodia honesta*). «Крѣпостникамъ» О. Т. И. не предоставляетъ и тѣхъ льготъ по части свиданій, переписки, которыя даются приговореннымъ къ аресту и несостоятельнымъ должникамъ. Въ частности по поводу свиданій черезъ рѣшетку, съ которыми должны мириться «крѣпостники», намъ вспоминаются глубоко-вѣрные слова В. Д. Набокова. Такой порядокъ свиданій, по его мнѣнію, «носитъ черты особо жестокой изобрѣтательности, которою такъ отличается все тюремное вѣдѣніе. Можно сказать: обо всемъ подумали, не забыли и о сердечныхъ радостяхъ заключеннаго, о его сердечныхъ потребностяхъ. Но удовлетвореніе ихъ поставили такъ, что «свиданія» эти легко могутъ обратиться въ нравственную пытку».

Въ вопросѣ о размѣщеніи заключенныхъ О. Т. И., какъ мы видѣли, не устанавливаетъ сколько-нибудь твердыхъ правилъ, ограничиваясь рекомендаціей проведенія нѣкоторой классификаціи «по возможности», слѣд., факультативно. О. Т. И., прямо отступаетъ здѣсь отъ недвусмысленнаго и категорическаго предписанія закона, именно ст. ст. 172—181 Уст. о сод. подъ стражей, требующихъ въ рядѣ указываемыхъ инструкцій случаевъ раздѣльнаго содержанія заключенныхъ.

Мелочной придирчивостью проникнуты многія правила внутренняго распорядка, устанавливаемыя О. Т. И. Укажемъ, въ видѣ примѣра, на крайнюю и ничѣмъ не мотивированную стѣснительность регламентаціи чтенія, на всѣ эти запреты пользованія книгами, съ восстановленіемъ дѣйствія правилъ, много лѣтъ назадъ отмѣненныхъ, съ недопущеніемъ новыхъ періодическихъ изданій и т. п. Последняго ограниченія мы не находимъ даже въ весьма суровой

¹⁾ А. О. Кони, цит. соч., стр. 76.

²⁾ В. Д. Набоковъ, цит. соч.

прусской инструкціи¹⁾. Очевидно, и здѣсь О. Т. И. примыкаетъ къ старому порядку, который въ учебномъ руководствѣ потюрмовѣдѣнію проф. Познышева характеризуется въ слѣдующихъ словахъ: «Отношеніе тюремнаго начальства къ библиотекѣ часто носить характеръ не педагогическій, т.-е. отмѣченный желаніемъ оказать опредѣленное морализующее вліяніе на читателей, а лишь полицейскій, т.-е. направленный къ тому только, чтобы не пропустить въ тюрьму чего-либо развивающаго вредное свободомысліе»²⁾.

Явно излишни отмѣченныя нами ограниченія въ приношеніи съѣстныхъ припасовъ со стороны, недопущеніе мирныхъ развлеченій въ минуты досуга и т. п. Но если эти стѣсненія носятъ внѣшній характеръ, то неизмѣримо болѣе глубокое вторженіе въ сферу интимную представляетъ собою принужденіе въ области конфессіональной. Здѣсь можно усмотрѣть сходство опредѣленій О. Т. И. съ постановленіями прусской инструкціи³⁾; — солидарность, которую мы отказываемся привѣтствовать.

Регламентация постановки тюремнаго труда въ О. Т. И. требовала бы обстоятельнаго разбора. Здѣсь мы ограничимся указаніемъ на то, что стѣсненія по части вывода заключенныхъ на наружныя работы (напр., недопущеніе на эти работы всѣхъ арестантовъ, которымъ остается до окончанія срока наказанія болѣе 3-хъ лѣтъ) носятъ явно односторонній характеръ, будучи продиктованы опасеніемъ «утека арестанта», покрывающимъ всѣ остальные соображенія. Пріятно отмѣтить устраненіе изъ О. Т. И. положенія, содержавшагося въ ст. 221 проекта 1912 г. и устанавливавшего коллективную отвѣтственность всѣхъ арестантовъ, выведенныхъ на наружныя работы, въ случаѣ побѣга одного изъ нихъ. На недопустимость такого порядка мы имѣли случай указать при самомъ появленіи проекта О. Т. И.⁴⁾.

¹⁾ Gefängnisordnung für die Justizverwaltung in Preussen von 21. Dezember 1898, § 84. См. А. Klein, Die Vorschriften über Verwaltung und Strafvollzug in den Preussischen Justizgefängnissen. 2-te Aufl. Berlin, 1910. — Въ настоящее время наше Главное тюремное управленіе нашло возможнымъ допустить сообщеніе заключеннымъ свидѣній о военныхъ дѣйствіяхъ путемъ ознакомленія ихъ съ официальными телеграммами. Циркуляръ 1914 г., № 51. См. отчетъ по Главному тюремному управленію за 1914 г., стр. 32. «Тюр. Вѣстникъ», 1916 г., № 1.

²⁾ С. В. Познышевъ, Очерки тюремовѣдѣнія, стр. 174.

³⁾ «Am Gottesdienst und an Andachtsübungen nehmen alle Gefangene teil», однако же, «in Ausnahmefällen kann der Vorstand einzelne von der Teilnahme entbinden». Кромѣ того, «gegenüber Festungsgefangenen findet ein Zwang zur Teilnahme nicht statt». Ср. Grundsätze, welche bei dem Vollzuge gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen... zur Anwendung kommen von 28. October 1897 г., § 28.

⁴⁾ См. нашу статью «Новая тюремная инструкція» въ «Русскихъ Вѣд.» за 1912 г., № 120.

Едва ли не самое тягостное впечатлѣніе производятъ постановленія О. Т. И. о дисциплинарныхъ взысканіяхъ. Въ этомъ вопросѣ О. Т. И. полностью примыкаетъ къ старому порядку (ст. ст. 397—и 401 Уст. о суд. подѣ стражей). Ни опытъ Франціи, Бельгіи и Швейцаріи, съ полнымъ успѣхомъ обходящихся безъ тѣлесныхъ наказаній какъ мѣры дисциплинарной въ карательныхъ учрежденіяхъ, ни постановленія международныхъ тюремныхъ конгрессовъ, особенно Стокгольмскаго, ни единодушное осужденіе примѣненія тѣлеснаго наказанія въ тюрьмѣ со стороны русскихъ криминалистовъ¹⁾, ничто не поколебало увѣренности составителей О. Т. И. въ необходимости розогъ²⁾. Всѣмъ, вѣроятно, памятно то потрясающее дѣйствіе, которое производили на русское и международное общественное мнѣніе сообщенія объ эксцессахъ въ этой области, дѣлавшихся предметомъ думскихъ запросовъ. О. Т. И., видимо, пытается въ ст. 301 создать нѣкоторое подобіе гарантій, имѣющихъ цѣлью избавленіе отъ этихъ унижающихъ человѣка наказаній, по крайней мѣрѣ, тѣхъ, кого нельзя причислить къ вульгарнымъ преступникамъ. Но едва ли можно спорить, что «гарантіи» эти являются совершенно мнимыми, лишенными всякаго дѣйствительнаго значенія, за отсутствіемъ какой бы то ни было санкціи. Опредѣленіе «степеней нравственной чувствительности» заключеннаго лежитъ въ сферѣ усмотрѣнія тюремнаго начальства! Не слѣдуетъ забывать, что О. Т. И. допускаетъ примѣненіе розогъ и къ содержащимся въ больницахъ. Жестокая несообразность этого положенія нисколько не смягчается, а, пожалуй, лишь усугубляется тѣмъ, что къ рѣшенію вопроса о тѣлесномъ наказаніи больного привлекается врачъ.

¹⁾ Ср. изъ послѣднихъ работъ прекрасную статью недавно умершаго проф. А. А. Піонтовскаго, Дисциплинарныя взысканія въ карательныхъ учрежденіяхъ. «Журн. Мин. Юст.» 1904 г., № 4. Противъ тѣлесныхъ наказаній, какъ мѣры тюремно-дисциплинарной, высказывались Н. С. Таганцевъ, И. Я. Фойницкій, Д. А. Дриль, М. Н. Гернетъ, С. В. Познышевъ и вообще почти всѣ наши криминалисты, ватрогивавшіе вопросъ.

²⁾ См. комментарий къ статьѣ О. Т. И. о тѣлесныхъ наказаніяхъ Н. Ф. Лучинскаго («Тюр. В.», 1913 г., №№ 8—9, стр. 1200, 1201). Г. Лучинскій, со своей стороны, предлагаетъ для арестантовъ, проявившихъ особенную испорченность и упорство, дисциплинарныя тюрьмы со специальнымъ режимомъ, который при малѣйшемъ нарушеніи дисциплины, а равно и въ случаяхъ отказа отъ работы или умышленнаго неудовлетворительнаго исполненія со стороны заключенныхъ, допускалъ бы примѣненіе къ нимъ строжайшихъ репрессивныхъ мѣръ, отъ ограниченія пищевого пайка до долгосрочнаго карцера и розогъ (стр. 1201). Мы позволимъ себѣ напомнить приводимый В. М. Дорошевичемъ въ его «Сахалинѣ» классическій примѣръ арестанта Шкандыбы, въ теченіе 24 лѣтъ пребыванія на которгѣ уклонявшася отъ всякой работы, несмотря на постоянное примѣненіе тѣлеснаго наказанія. Едва ли дисциплинарная тюрьма, проектируемая г. Лучинскимъ, является здѣсь выходомъ изъ положенія.

Какъ извѣстно, наложеніе кандаловъ въ видѣ наказанія отмѣнено у насъ закономъ 23 мая 1901 г. Тѣмъ не менѣе, О. Т. И. сохраняетъ кандалы, присвоивая имъ по внѣшности характеръ мѣры предупредительной. По существу же, допускаемое О. Т. И. оставленіе заключеннаго въ кандалахъ въ теченіе трехъ и болѣе мѣсяцевъ (*maximum* не опредѣляется) является тѣмъ же наказаніемъ, контрабандой проникшимъ въ О. Т. И., несмотря на отмѣну его закономъ. По объясненію Н. Ф. Лучинскаго, здѣсь рѣчь идетъ о простой цѣлесообразности. «... Что же будетъ разумнѣе», спрашиваетъ нашъ авторъ, «подвергать общество опасности преждевременнаго возвращенія въ его среду только что выброшенныхъ изъ нея преступныхъ элементовъ, не позаботившись обрѣзать ихъ крылья, или допустить нѣкоторое дополнительное стѣсненіе ихъ свободы (*sic!*), гарантирующее дѣйствительное исполненіе состоявшихся надъ ними судебныхъ приговоровъ?... Когда мы будемъ имѣть лучшія тюрьмы», продолжаетъ авторъ, «тогда, можетъ быть, встанутъ на очередь новыя, болѣе либеральныя мѣры, которыми примѣненіе кандаловъ будетъ подвергнуто дальнѣйшимъ ограниченіямъ или и полному упраздненію. Но теперь для этого не пришло еще время. Будемъ удовлетворяться сознаніемъ, что дѣйствующая система такъ или иначе отвѣчаетъ требованіямъ текущей жизни»¹⁾. Но если тюремное вѣдомство и способно этимъ удовлетворяться, то общественная совѣсть и независимая научная критика должны со всей рѣшительностью протестовать противъ этого торжества всеоправдывающей цѣлесообразности надъ закономъ.

И въ отношеніи темнаго карцера, предусматриваемаго О. Т. И., тотъ же комментаторъ ея, отвѣчая на мѣткое сравненіе темнаго карцера съ могилой (проф. Піонтовскій), пытается отвести это уподобленіе ссылкой на то, что «временная могила — не могила». Не довольствуясь этимъ, г. Лучинскій даетъ поистинѣ классическую апологію темнаго карцера. «Тѣмъ дѣлаетъ человека болѣе чувствительнымъ къ свѣту; невольная бездѣятельность возбуждаетъ въ немъ жажду жизни, движенія, работы; тишина заставляетъ его глубже вдуматься въ свое «я», въ окружающія его условія, въ свое прошлое и настоящее и подумать объ будущемъ; размышленіе же укажетъ ему путь, котораго онъ долженъ держаться въ борьбѣ за свое существованіе. Опъ, слѣдовательно, не умретъ въ этой могилѣ, но лишь запасется новыми силами, которыя дадутъ ему

¹⁾ «Тюр. Вѣстникъ», 1913, № 9—10, стр. 1203. Разрядка всюду наша. А.М.

возможность болѣе сознательно и, можетъ быть, болѣе терпѣливо и покорно нести дальше свой крестъ»¹⁾.

Чтобы оцѣнить по достоинству этотъ дионрамбъ темному карцеру вспомнимъ, что представляютъ собою наши тюремные карцеры. Еще въ 1901 году начальникъ Главнаго тюремнаго управленія А. П. Соломонъ указывалъ на невозможное положеніе тюремныхъ, карцеровъ²⁾.

Въ 1903 г. проф. А. А. Піонтковскій видѣлъ въ Казанскомъ исправительномъ арестанскомъ отдѣленіи «такой темный карцеръ, который, безъ преувеличенія можно сказать, представлялъ изъ себя какую-то зловонную клоаку», и въ этомъ карцерѣ проф. Піонтковскій видѣлъ арестанта, приговореннаго къ заключенію въ немъ на цѣлый мѣсяць³⁾. Проходитъ почти 10 лѣтъ, и циркуляръ Главнаго тюремнаго управленія отъ 16 сентября 1911 года удостовѣряетъ, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ заключенія карцеры не удовлетворяютъ своему назначенію по санитарнымъ условіямъ въ такой мѣрѣ, что арестанты, сидящіе тамъ, отмораживаютъ себѣ ноги. О порядкѣ содержанія заключенныхъ въ карцерѣ можно судить по тому же циркуляру, отмѣчающему случаи, когда въ карцерѣ помѣщались больные, когда заключенные оказывались въ одномъ бѣльѣ и безъ обуви и оставались безъ горячей пищи болѣе трехъ дней и не всегда своевременно получали хлѣбъ и воду, когда въ одинъ карцеръ были помѣщены мужчина и женщина⁴⁾... Если прежнія разоблаченія не повліяли на состояніе карцеровъ до 1911 г., то гдѣ ручательство, что и циркуляръ этого года возымѣлъ свое дѣйствіе. Въ зловѣщемъ свѣтѣ приведенныхъ выше и безспорно удостовѣренныхъ фактовъ апологія темнаго карцера со стороны редактора «Тюремнаго Вѣстника», приобрѣтаетъ всѣ признаки того, что нѣмцы называютъ *Galgenhumor*. О. Т. И. не устанавливаетъ и той минимальной гарантіи, которая содержится въ бельгійскомъ тюремномъ регламентѣ, именно требованія, чтобы сидящаго въ карцерѣ ежедневно навѣщали врачъ, начальникъ тюрьмы и старшій надзиратель (art. 266).

Въ проектѣ 1912 г. (ст. 279) уменьшеніе пищи, какъ дисциплинарное взысканіе, допускалось съ такимъ расчетомъ, чтобы оно не имѣло вреднаго вліянія на здоровье арестанта и не препятствовало, путемъ ослабленія его физическихъ силъ, исполненію имъ работъ. О. Т. И. въ окончательной ея редакціи такого ограниченія, по непонятнымъ соображеніямъ, уже не содержитъ.

¹⁾ Ibid.

²⁾ «Тюр. Вѣстникъ», 1901, № 1.

³⁾ А. А. Піонтковскій, цит. соч.

⁴⁾ С. В. Познышевъ. Очерки тюремновѣдѣнія, стр. 211, 212.

Совсѣмъ недавно наше тюремное дѣло получило крайне лестную оцѣнку со стороны ученаго криминалиста. Проф. В. В. Есиповъ, въ своей статьѣ «Милость и правда въ тюрьмѣ»¹⁾, рисуя идеальный строй, когда вмѣсто мщенія и мученія человѣчество перейдетъ къ благодѣтельнымъ мѣрамъ опеки надъ преступникомъ, высказываетъ убѣжденіе, что «все это во многихъ отношеніяхъ существуетъ уже въ Россіи, съ ея теплымъ, любовно-снисходительнымъ отношеніемъ къ ея «несчастненькимъ». «Наша русская тюрьма», по убѣжденію проф. В. В. Есипова, «отличается именно гуманнымъ, истинно-пенитенціарнымъ отношеніемъ къ заключеннымъ». Къ столь оптимистическимъ выводамъ въ отношеніи нашей тюрьмы, насколько мы знаемъ, не приходили до сихъ поръ не только ученые пенитенціаристы, но и сами представители тюремнаго вѣдомства²⁾. Мы не имѣемъ возможности въ нашей небольшой статьѣ вступать въ споръ по существу оцѣнки, данной проф. В. В. Есиповымъ нашей тюрьмѣ. Но не въ правѣ ли мы сказать въ заключеніе, что новый тюремный статутъ, посильный анализъ котораго данъ нами въ предшествующемъ изложеніи, въ равной мѣрѣ далекъ и отъ истинной гуманности и отъ подлиннаго служенія пенитенціарнымъ цѣлямъ.

Ал. Маклецовъ.

¹⁾ «Журн. Мин. Юст.», 1914 г., № 10, стр. 173 и 168.

²⁾ Ср. ст. С. Т. Гаврилова, Русскія тюрьмы по отчетамъ Главнаго тюремнаго управленія за 1903—1909 гг. «Юрид. Вѣстникъ», 1913 г., кн. II.

Два рѣшенія.

Слѣдя внимательно за разъяснительною дѣятельностью кассационнаго Сената, мы невольно поражаемся отсутствіемъ, по временамъ, той стройной послѣдовательности въ проведеніи до конца провозглашенныхъ имъ юридическихъ тезисовъ, которую мы привыкли отмѣчать въ публикуемыхъ для общаго руководства рѣшеніяхъ нашего высшаго судилища.

Мы преклоняемся передъ откровенною рѣшимостью, съ которою Сенатъ, убѣдившись въ несоотвѣтствіи установленныхъ имъ же когда-то правовыхъ началъ измѣнившимся условіямъ юридическаго быта, не останавливается передъ поворотомъ укоренившейся практики, заявляя безъ обвиняковъ, что онъ въ настоящее время измѣнилъ свой взглядъ на данный вопросъ.

Но бываютъ случаи, когда трудно постичь, чѣмъ объясняется расхожденіе сенатскаго толкованія въ діаметрально противоположныя стороны по однороднымъ вопросамъ, поступившимъ на департаментское разсмотрѣніе почти одновременно.

Такая судьба постигла вопросъ о свободѣ сторонъ въ заключеніи имущественныхъ сдѣлокъ, рѣшенный различно по дѣлу Дербенева съ Сѣвернымъ страховымъ обществомъ (отъ 11 марта 1915 № 36) и Коровицкаго съ Яворскимъ (отъ 8 апрѣля 1915 за № 43).

Извѣстно общее ученіе Сената объ имущественныхъ договорахъ, неуклонно проводимое во множествѣ рѣшеній, построенныхъ на общей теоріи права, вливаемой имъ въ нѣсколько косный текстъ постановленій нашего X тома.

Во главу угла ставится Сенатомъ то начало, что всякій договоръ обязателенъ, коль скоро онъ непротивенъ закону, хотя бы онъ по содержанію своему не подходилъ ни подъ одну категорію договоровъ, въ законѣ поименованныхъ. Вся суть въ свободномъ соглашеніи воли контрагентовъ. И это соглашеніе, по общему правилу, не стѣснено никакими формальностями въ смыслѣ участія въ совершеніи тѣхъ сдѣлокъ представителей власти въ порядкѣ ли удо-

ствовѣренія или утвержденія таковыхъ. Для возникновенія договора необходимы: правоспособность договаривающихся сторонъ, предметъ, не изъятый изъ гражданскаго оборота, цѣль, не противная нравственности или запретамъ закона, и, главное, свободное согласіе сторонъ. Нѣтъ налицо этихъ условій — нѣтъ и договора. Форма же не имѣетъ такого значенія. Въ огромномъ большинствѣ случаевъ она служитъ лишь удостовѣреніемъ наличности условій, необходимыхъ для существованія договора (*ad probationem*), и существованіе послѣдняго не зависитъ отъ употребленія той или другой формы. Случаи, когда форма составляетъ существенную принадлежность сдѣлки (*ad solemnitatem*), являются исключеніемъ изъ общаго правила и имѣются налицо только тогда, когда соблюденіе данной формы предписывается закономъ подъ страхомъ недействительности, въ противномъ случаѣ, самаго договора (^{1869/576, 1871/1198, 1871/164, 1875/415, 1877/281, 1888/37, 1892/8} и многія другія).

Такъ учитъ Сенатъ. Но рѣдко онъ въ проведеніи принципа автономности воли сторонъ при заключеніи сдѣлокъ поднимается на такую высоту, какъ въ приведенномъ выше рѣшеніи 1915 г. по дѣлу Сѣвернаго страхового общества, и — надо ему отдать справедливость, — не взирая на затрудненіе, возникшее въ данномъ случаѣ, благодаря существованію противорѣчиваго прецедента.

Случилось такъ, что въ 1908 году на разсмотрѣніе Сенатъ поступилъ вопросъ объ отвѣтственности Сѣвернаго страхового общества передъ Брянскимъ заводомъ за убытки, причиненные пожаромъ, возникшимъ вслѣдствіе народной смуты (§ 62 полисныхъ условій 1872 г.). Оказалось, что страховой договоръ былъ заключенъ примѣнительно къ полиснымъ условіямъ, утвержденнымъ министромъ внутреннихъ дѣлъ въ 1872 г. Сенатъ призналъ, что полисныя условія 1872 г., какъ утвержденныя виѣ порядка, предписаннаго новымъ уставомъ общества, потеряли силу и, если отсутствіе полисныхъ условій тѣмъ не менѣе не уничтожаетъ заключеннаго договора страхованія, то оно, вопреки имѣющейся въ договорѣ ссылки на (потерявшія силу) полисныя условія, возлагаетъ на страховое общество отвѣтственность за всякій убытокъ, безъ изъятія, хотя бы происшедшій отъ народныхъ смутъ и волненій.

На этотъ-то прецедентъ 1908 г. за № 92 ссылался кассаторъ въ 1915 г. по совершенно тождественному иску Дербенева къ тому же Сѣверному обществу, доказывая отвѣтственность общества за убытокъ, понесенный Дербеневымъ пожаромъ по случаю гражданской смуты. Въ виду заинтересованности государства, говорилъ кассаторъ, въ заключеніи страховыхъ договоровъ и неравенства контрагентовъ по своимъ силамъ, наше законодательство не пред-

ставляет договоръ страхованія свободному соглашенію сторонъ. Нося публично-правовой характеръ, соглашеніе между страхователемъ и страховымъ обществомъ нуждается въ утвержденіи правительственной власти, ибо требованіе утвержденія со стороны правительства нормъ, устанавливаемыхъ въ дополненіе къ общему закону (такъ называемыхъ условій), именно обозначаетъ, что никакое соглашеніе, въ чемъ-либо влияющее и дополняющее законъ, не будетъ терпимо, если оно предварительно не будетъ санкціонировано властью; въ частности недопустимо частное, не утвержденное правительствомъ соглашеніе на предметъ освобожденія страхового общества отъ ответственности за убытки. Такое соглашеніе, безъ санкцій правительства, является обходомъ закона, воспрещеннымъ ст. 1529 т. X ч. I, а потому недействительно, и, несмотря на это соглашеніе, ответственность страхового общества, при отсутствіи утвержденныхъ полныхъ условій, опредѣляется исключительно на основаніи общаго правила ст. 2199 т. X ч. I, въ которомъ не содержится указанія на освобожденіе страховщика отъ ответственности при народныхъ смутахъ.

Такъ разсуждалъ кассаторъ. Но Сенатъ сталъ на иную точку зрѣнія. Устранивъ прецедентъ 1908 г. указаніемъ на то, что общее положеніе объ ответственности страхового общества, при отсутствіи утвержденныхъ полныхъ условій, за всякій убытокъ высказано было тогда Сенатомъ въ такомъ безусловномъ видѣ примѣнительно къ особымъ обстоятельствамъ дѣла, Сенатъ въ рѣшеніи 1915 г. отвергаетъ формальный взглядъ кассатора. Да, несомнѣнно, дѣйствующимъ относительно страхового договора правиламъ присущъ публично-правовой характеръ. Соответственно общественному и экономическому значенію страхованія въ жизни современнаго государства признано необходимымъ установить особый надзоръ за дѣятельностью страховыхъ обществъ. Законъ требуетъ, чтобы правила, которыми страховые общества предполагаютъ руководствоваться при заключеніи договоровъ, были представлены на утвержденіе подлежащей власти. Заключеніе страховыхъ договоровъ, при отсутствіи такихъ утвержденныхъ правилъ, является несомнѣнно дѣйствіемъ, со стороны страхового общества, неправомѣрнымъ, но все это еще не даетъ основанія признать состоявшееся при такихъ условіяхъ договорное соглашеніе клонящимся къ дѣлу, закономъ воспрещенной и недействительнымъ по силѣ ст. 1529 т. X ч. I. Основаніемъ къ признанію подобнаго договора недействительнымъ можетъ служить не вообще публично-правовой характеръ правилъ о договорѣ страхованія, а противозаконная цѣль того или другаго конкретнаго согла-

шенія, вошедшаго въ содержаніе заключеннаго сторонами договора.

Поэтому, продолжаетъ Сенатъ, состоявшееся между Дербеневымъ и Страховымъ обществомъ соглашеніе о томъ, что ихъ взаимныя отношенія будутъ опредѣляться, между прочимъ, и правиломъ § 62 потерявшихъ силу полныхъ условій объ ограниченіи ответственности общества, могло бы считаться недействительнымъ лишь въ томъ случаѣ, если бы это именно соглашеніе стремилось къ цѣли, закономъ воспрещенной, т.-е. находилось въ противорѣчій съ какимъ либо запретительнымъ правиломъ закона. Но этого на самомъ дѣлѣ нѣтъ. Вотъ почему слѣдуетъ признать, что при отсутствіи утвержденныхъ подлежащей властью полныхъ правилъ ответственность страховщика можетъ быть ограничиваема силою состоявшагося между нимъ и страхователемъ договорнаго соглашенія.

Итакъ, восторжествовало начало автономности воли сторонъ. Даже въ такой области, гдѣ контроль государства доведенъ до необходимости предварительной санкціи правительственною властью условій договора, рѣшающее значеніе, по мнѣнію Сената, сохраняется за свободнымъ соглашеніемъ воли контрагентовъ. Обязательность его для сторонъ сохраняется и въ томъ случаѣ, если соглашеніе состоялось безъ этой формальной санкціи, потому что въ законѣ нигдѣ не выражено, чтобы отсутствіе формальной санкціи порождало страховой договоръ недействительностью. Недействителенъ, а стало быть и необязателенъ страховой договоръ, какъ всякій другой, лишь тогда, когда онъ по содержанию своему прямо нарушаетъ какой-либо запретъ закона. Сенатъ остался вѣренъ общему своему ученію о значеніи формы для имущественныхъ дѣлъ.

Какая пропасть между этимъ ходомъ мыслей и взглядомъ, выраженнымъ Сенатомъ спустя четыре недѣли по другому случаю, представшему передъ нимъ въ лицѣ неформальнаго третейскаго договора!

Вотъ какъ было дѣло. Коровицкій и Ржевицкій согласились поручить разборъ спора объ арендномъ договорѣ посреднику Яворскому. Договоръ этотъ былъ изложенъ въ видѣ общаго ихъ письма на имя Яворскаго, въ которомъ стороны заявляли, что «на результатъ рѣшенія они оба впередъ соглашаются». Яворскій на принятіе функций посредника согласился подъ условіемъ представленія ему каждымъ изъ нихъ въ обезпеченіе добровольнаго исполненія третейскаго рѣшенія 200 рублей, имѣющихъ итти, въ противномъ случаѣ, на благотворительную цѣль. Это было исполнено. Когда рѣшеніе дней чрезъ десять было постановлено,

Коровицкій не только ему не подчинился, но потребовалъ судомъ обратно внесенныя посреднику деньги, ссылаясь на то, что въ виду несоблюденія при совершеніи третейскаго договора формальностей, предусмотрѣнныхъ ст. 1369 и 1370 Уст. гражд. суд., самый договоръ представляется недействительнымъ, какъ подпадающій подъ дѣйствіе п. 4 и 5 ст. 1529 т. X п. I.

Итакъ, опять все тотъ же старый и вѣчно юный вопросъ о значеніи формы для силы сдѣлки и о возможности подведенія договора подъ роковую ст. 1529 въ случаѣ несоблюденія при его заключеніи установленныхъ обрядностей. Казалось бы, нечего было и задумываться. Примѣнить твердо установленное начало, не такъ давно проверенное и испытанное на дѣлѣ Дербенева, и только. Но ошибочная посылка отклонила ходъ мыслей Сената, направляя ихъ по другому руслу. Грозный призракъ статьи 1529 выступает на сей разъ во всей сокрушающей силѣ.

Въ сущности, рѣшеніе по дѣлу Коровицкаго разбираетъ подробно только вопросъ объ обязательности для сторонъ побочнаго условія о неустойкѣ, обеспечивающей исполненіе неформальнаго третейскаго договора. Называя такой неформальный договоръ «противозаконнымъ», Сенатъ вполне логично приходитъ къ тому выводу, что и связанная съ нимъ побочная сдѣлка, косвенно преслѣдующая ту же «запрещенную закономъ цѣль», незаконна, а потому недействительна.

Но интересна именно эта исходная точка зрѣнія Сената, представляющая какъ непреложную аксіому то положеніе, что условіе, конимъ стороны согласились виѣ порядка, установленнаго для третейскаго суда, подвергнуть споръ о правѣ гражданскомъ на разрѣшеніе посредника, какъ «незаконное» подпадетъ подъ статью 1529. И эту противозаконность Сенатъ усматриваетъ не въ томъ или другомъ конкретномъ содержаніи договора, противномъ какому-либо положительному запрету закона, а единственно въ несоблюденіи формальностей, установленныхъ «по соображеніямъ государственной и общественной пользы».

Невольно вспоминаются мотивы рѣшенія по дѣлу Сѣвернаго общества съ Дербеневымъ, гдѣ тѣ-же разсужденія, въ нѣсколько иномъ сочетаніи, приводятъ Сенатъ къ прямо противоположному результату. Нѣтъ же сомнѣнія, что соображенія публичной пользы, вызывающія контроль государства надъ сдѣлками страхованія, гораздо интенсивнѣе заинтересованности его въ установленіи контроля надъ третейскими сдѣлками. Рѣшающимъ моментомъ для правительственной опеки надъ страховыми договорами является неравенство въ силахъ договаривающихся сторонъ. Такого нера-

венства въ третейскомъ соглашеніи нѣтъ, потому что стороны обращаются за разрѣшеніемъ своего спора къ посредникамъ, избираемымъ по взаимному ихъ согласію. Скорѣе можно было-бы говорить, что нѣтъ того суда, передъ которымъ, по внутренней конструкции независимо отъ всякихъ обрядовъ, равенство сторонъ было-бы больше обезпечено, чѣмъ передъ третейскими посредниками. А между тѣмъ, при страховомъ договорѣ, отсутствіе требуемой закономъ формальной санкціи правительства, по разъясненію Сената, хотя и признается неправомѣрнымъ, но не обезсиливаетъ самаго договора. Третейскій-же договоръ, совершенный безъ соблюденія формальностей, установленныхъ ст. 1367 и сл. Уст. Гражд. Суд., представляется Сенату не только недействительнымъ, но даже преслѣдующимъ «цѣль, закономъ запрещенную», а потому, незаконнымъ въ самомъ одіозномъ смыслѣ этого слова.

Откуда такая неравномѣрность въ оцѣнкѣ явленій одного и того-же порядка?

Соображенія Сената по этому вопросу весьма немногосложны. — «Въ цѣляхъ созданія правильныхъ условій отправленія правосудія, говоритъ Сенатъ, законъ требуетъ, чтобы всякій споръ о правѣ гражданскомъ былъ разсмотрѣнъ или въ порядкѣ общихъ правилъ Устава гражд. суд., или же въ томъ особомъ порядкѣ третейскаго разбирательства, который установленъ въ ст. 1367—1400 Уст. гражд. суд. Согласно съ симъ законъ признаетъ недействительнымъ соглашеніе сторонъ о разсмотрѣніи ихъ спора въ другомъ порядкѣ и необязательнымъ для нихъ постановленнаго въ такомъ порядкѣ рѣшенія». Вотъ и все.

При тщательной провѣркѣ, однако, нельзя не признать, что для дѣлаемаго Сенатомъ вывода сказаннаго далеко недостаточно. Прежде всего, Сенатъ не приводитъ того источника, который давалъ-бы право утверждать, что законъ признаетъ недействительнымъ соглашеніе сторонъ «о разсмотрѣніи ихъ спора въ другомъ порядкѣ». Не приводитъ онъ его потому, что такого закона нѣтъ. Запрета представлять разборъ споровъ по имуществу частнымъ посредникамъ, на любыхъ условіяхъ, не существуетъ. Это безспорное обстоятельство совершенно исключаетъ возможность подведенія подъ понятіе запрещенныхъ, въ смыслѣ ст. 1529, частныхъ соглашеній о третейскомъ разбирательствѣ внѣ порядка «официальнаго» третейскаго суда.

Но невѣрно также утвержденіе, будто въ законѣ гдѣ-либо существуетъ категорическое требованіе о томъ, чтобы всякій споръ о правѣ гражданскомъ былъ разсмотрѣнъ или въ общихъ (коронныхъ) судебныхъ учрежденіяхъ, или же официальнымъ третей-

скимъ судомъ въ порядкѣ ст. 1367 и ст. Уст. гражд. суд. Такая альтернатива совершенно чужда нашему дѣйствующему праву.

Существуетъ постановленіе 1-й статьи Устава гражд. суд. о томъ, что «всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установлений». Но вѣдь смыслъ его совершенно иной. Статья эта разграничиваетъ сферы функцій власти судебной и административной, изъясняя изъ вѣдѣнія послѣдней частно-правовые споры. Это ясно видно изъ примѣчанія къ названной статьѣ, а равно изъ сопоставленія ея съ непосредственно слѣдующими за нею статьями 2-й и 3-й. Это признано и Сенатомъ въ многочисленныхъ разъясненіяхъ, изъ которыхъ, чтобы не быть голословнымъ, приводимъ рѣшеніе № 14 отъ 1887 г., гласящее, что «въ ст. 1 и 2 Устава гражд. суд. выражено одно изъ главныхъ началъ, положенныхъ въ основаніе судебныхъ уставовъ 1864 г., а именно, «начало отдѣленія судебной власти отъ административной». Всякое иное пониманіе 1-й статьи Устава гражд. суд. противорѣчило бы всему содержанию и системѣ устава. Постановленія о томъ, какимъ именно учрежденіямъ подвѣдомственны судебныя дѣла какъ гражданскія, такъ и уголовныя вообще относятся къ области не судопроизводства, а судеустройства. Поэтому-то Учрежденіе судебныхъ установлений съ того и начинается: «власть судебная принадлежитъ мировымъ судьямъ, сѣздамъ мировыхъ судей, окружнымъ судамъ, судебнымъ палатамъ и Правительствующему Сенату» (ст. I учрежденія). Вотъ, гдѣ мы находимъ перечень судебныхъ мѣстъ. Но напрасно мы стали-бы искать среди этихъ установлений третейскій судъ. Его здѣсь нѣтъ. Итакъ, предположеніе Сената, будто въ дѣйствующемъ законѣ существуетъ координація третейскаго и общихъ судовъ, и что вся судебная власть распределяется между этими учрежденіями, основано на недоразумѣніи.

На самомъ-же дѣлѣ третейскій судъ, образованный въ порядкѣ ст. 1367 и сл. Устава, отнюдь не принадлежитъ къ учрежденіямъ, облеченнымъ судебною властью. О третейскомъ судѣ трактуется вторая глава I раздѣла Устава, посвященная примирительному разбирательству. Ближайшее изученіе относящихся сюда статей убѣждаетъ насъ въ томъ, что третейскій судъ вообще «властью» не обладаетъ. Другое дѣло, если бы избранные по соглашенію сторонъ посредники нуждались въ чемъ-либо утвержденіи, подобно тому, какъ, напр. конкурсное управленіе производитъ присущую ему власть отъ утверждающаго его судебного мѣста. Коллегія третейскихъ посредниковъ производитъ свои полномочія единственно отъ свободнаго соглашенія воли спорящихъ сторонъ, и нотаріальное удостовѣреніе третейской записи, — т.-е. един-

ственное участіе офіціального лица въ образованіи третейскаго суда — имѣть для совершенія записи не большее значеніе, чѣмъ имѣть вообще нотаріальное засвидѣтельствованіе для любого другаго договора.

И статьи 1369 и 1370 Уст. гражд. суд., на нарушеніе коихъ имѣется ссылка по дѣлу Коровицкаго, въ сущности требуютъ для формальнаго третейскаго договора только положительнаго изъявленія въ письменной формѣ согласія, какъ спорящихъ сторонъ, такъ и избранныхъ ими посредниковъ на такой именно разборъ даннаго спора, т.-е. опять-таки не болѣе того, что требуется при надлежащей формулировкѣ всякаго вообще письменнаго договора. Поскольку рѣчь идетъ о специальной редакціи, объ обозначеніи имени, отчества, фамилии и званія спорящихъ сторонъ и посредниковъ и даже о нотаріальномъ засвидѣтельствovanіи, — другими словами, о внѣшней формѣ договора, — мы въ законѣ не находимъ указанія на то, чтобы соблюденіе этихъ формальностей предписывалось подъ страхомъ недействительности, въ противномъ случаѣ, третейскаго договора. Точно такъ же въ законѣ нѣтъ санкціи на случай несоблюденія тѣхъ немногихъ формальностей, которыя установлены для самаго третейскаго разбирательства, хотя въ общемъ (ст. 1378 и 1379) посредники не обязываются къ соблюденію какихъ бы то ни было обрядовъ и формальностей, кромѣ тѣхъ, которыя предусмотрѣны въ самомъ третейскомъ договорѣ.

О «недействительности» законъ говоритъ въ извѣстныхъ случаяхъ единственно въ отношеніи третейскаго рѣшенія. При этомъ различаются, съ одной стороны, случаи, когда рѣшеніе не имѣетъ никакой силы (*nullitas*), перечисленные въ ст. 1397 относительно лицъ, не участвовавшихъ въ договорѣ, предметовъ въ договорѣ не предусмотрѣнныхъ и дѣлѣ, закономъ (ст. 1368) положительно изъятыхъ изъ вѣдѣнія третейскихъ судовъ, а съ другой стороны, случаи, когда рѣшеніе подлежитъ уничтоженію (*rescissibilitas*) только по жалобѣ сторонъ, а именно, когда оно послѣдовало по истеченіи опредѣленнаго срока, или по договору, не подписанному всѣми участвовавшими въ его составленіи и вообще безъ соблюденія условій, установленныхъ въ самомъ третейскомъ договорѣ. Случаи нуллитета рѣшенія разумѣются сами собою. Недействительность рѣшенія объясняется не нарушеніемъ формы, а внутреннимъ изъяномъ самаго содержанія третейскаго разбирательства. Случаи оспоримости рѣшенія въ общемъ то-же сводятся къ нарушенію не обрядовъ производства, а самаго третейскаго договора. Такъ, устанавливаемый договоромъ, а субсидіарно и закономъ (ст. 1372) срокъ не есть процессуальный, а матеріально-правовой, это

тотъ срокъ, конемъ ограничиваются полномочія, даваемыя сторонами посредникамъ. Несоблюденіе условій, постановленныхъ въ самой записи, точно такъ же означаетъ расхожденіе посредниковъ съ волею сторонъ. Одно лишь неподписаніе договора всеми участниками могло бы быть отнесено къ области внѣшней формы, если вообще подпись подъ договоромъ относится къ формѣ, а не къ существу сдѣлки.

Важно, однако, то, что во всехъ этихъ трехъ случаяхъ (ст. 1395) состоявшееся рѣшеніе сохраняетъ свою силу при отсутствіи жалобы сторонъ.

Отсюда слѣдуетъ, что даже третейскій договоръ, не подписанный всеми участниками, т.-е. составленный внѣ порядка, закономъ (1370 ст.) установленнаго, самъ по себѣ дѣйствителенъ, и безъ жалобы сторонъ вопросъ этотъ не можетъ даже возбуждаться контролирующею судебною инстанціею. Въ подобныхъ случаяхъ, теорія говоритъ о сохраненіи «obligatio naturalis» даже послѣ уничтоженія сдѣлки вслѣдствіе возбужденія заинтересованной стороной вопроса о формальныхъ ея дефектахъ. А съ наличностью «obligatio naturalis» связаны юридическія послѣдствія, изъ коихъ наиболѣе существеннымъ является невозможность поворота того, что сдѣлано въ исполненіе оспоренной сдѣлки (soluti retentio). И это лишній разъ доказываетъ, до какой степени ошибочно утвержденіе Сената о возможности подведенія неформальныхъ третейскихъ договоровъ подъ категорію незаконныхъ, заклеимленныхъ статьею 1529 т. X ч. I.

Но мы идемъ дальше. Мы убѣждены, что отсутствіе въ законѣ указанія на недействительность неформальныхъ третейскихъ сдѣлокъ (кромѣ разобранаго выше случая отсутствія письменнаго согласія участниковъ) вообще даетъ намъ право утверждать, что и неформальныя третейскія сдѣлки обязательны для сторонъ и состоявшееся на основаніи такой сдѣлки рѣшеніе посредника создаетъ для управомоченной стороны право на искъ.

Въ этомъ-то неформальная третейская сдѣлка и отличается отъ формальной, которая исключаетъ необходимость иска, такъ какъ состоявшееся на основаніи ея третейское рѣшеніе нуждается только во внѣшней проверкѣ со стороны короннаго суда, обязаннаго выдать управомоченной сторонѣ, при отсутствіи формальныхъ недостатковъ и внутренняго изыска по ст. 1397, исполнительный листъ на принудительное осуществленіе рѣшенія.

П. Минцъ.

Уголовная хроника.

(Практика отдѣленій Угол. Касс. Деп.)

Фотографія въ уголовномъ процессѣ. — Условія производства фотографическихъ съемокъ при предварительномъ изслѣдованіи дѣла. — Условія предъявленія снимковъ на судѣ. — Могутъ ли сдѣланные слѣдственною или розыскною властью снимки быть вещественнымъ доказательствомъ? — (Резолюція по д. Воробьева). Положеніе защиты въ уголовномъ процессѣ. — Публичное дискредитированіе защиты предсѣдателемъ — нарушасть ли права и интересы подсудимаго? (Резолюція по д. Николаева). — Что обязанъ доказать кассаторъ передъ кассационнымъ судомъ? — Кассация и существо дѣла. — Новый отголосокъ теоріи о невозможности оправданія сознавшагося подсудимаго.

Едва ли есть нужда доказывать, насколько въ послѣднее время возросло и возрастаетъ значеніе фотографій въ судебномъ дѣлѣ вообще, въ уголовномъ процессѣ въ частности. Все чаще въ производствахъ по уголовнымъ дѣламъ попадаютъ фотографическіе снимки, иногда цѣлые альбомы снимковъ, которымъ придается значеніе судебныхъ доказательствъ. И литература, посвященная техникѣ розыскаго дѣла также отмѣчаетъ крупную роль фотографій въ дѣлѣ судебного изслѣдованія. Если фотографическіе снимки должны служить доказательствами на судѣ, если они могутъ являться частичкой того матеріала, который долженъ способствовать созданію судейскаго убѣжденія и постановленію правосуднаго приговора — то большое значеніе приобрѣтаютъ вопросы, во первыхъ, объ условіяхъ самаго производства фотографическихъ съемокъ при предварительномъ изслѣдованіи дѣла, во вторыхъ, объ условіяхъ предъявленія этихъ снимковъ судьямъ при разсмотрѣніи дѣла по существу.

Ни то, ни другое не регулировано прямымъ постановленіемъ процессуальнаго закона. Практикѣ приходится, такимъ образомъ самой отыскать и установить необходимыя нормы. Какъ извѣстно, опубликованныхъ департаментскихъ рѣшеній по этимъ вопросамъ до сихъ поръ также не существуетъ. И если соотвѣтственный вопросъ доходить въ порядкѣ кассационнаго обжалованія и ставится

ребромъ передъ Сенатомъ — то казалось бы на точномъ основаніи 916² ст. Уст. Угол. Суд. вопросъ долженъ былъ бы быть перенесенъ на разсмотрѣніе Департамента. Такимъ путемъ устранена была бы необходимость въ случайномъ рѣшеніи цѣлаго ряда вопросовъ на мѣстахъ по отдѣльнымъ дѣламъ. Судебные органы имѣли-бы авторитетное руководство кассационнаго суда и въ судебной практикѣ могло бы установиться нѣкоторое единообразіе.

Въ концѣ апрѣля 1915 г. въ Московскомъ Окружномъ Судѣ вторично слушалось кассированное по протесту на оправдательный приговоръ, дѣло по обвиненію подрядчика Воробьева въ убійствѣ доктора Иванцова. Въ протоколѣ судебного засѣданія значится, что присяжнымъ засѣдателямъ были предъявлены, вопреки возраженію защиты, приобщенный къ дѣлу въ качествѣ вещественнаго доказательства, альбомъ фотографическихъ снимковъ, сдѣланныхъ полиціей при дознаніи.

Въ производствѣ судебного слѣдователя имѣется отношеніе сыскной полиціи, при которомъ сыскная полиція препроводила судебному слѣдователю, во-первыхъ, дознаніе объ убійствѣ доктора Иванцова, во-вторыхъ — вещественныя доказательства и, наконецъ въ третьихъ, фотографическій альбомъ со снимками мѣста происшествія и тѣхъ же вещественныхъ доказательствъ. Но ни въ этомъ отношеніи и ни въ какомъ-либо другомъ документѣ, помѣщенномъ въ силу 481 ст. Уст. Угол. Суд. въ дѣлѣ о Воробьевѣ, не имѣется никакихъ указаній на то, когда именно произведены эти снимки и не имѣется, также, и указаній на то, по чьему распоряженію эти снимки появились. Изъ сопоставленія даты самаго отношенія сыскной полиціи и даты смерти доктора Иванцова можно лишь сдѣлать выводъ, что альбомъ этотъ былъ доставленъ судебному слѣдователю черезъ 6 дней послѣ смерти доктора Иванцова.

Въ дѣлѣ нѣтъ также и постановленія о томъ, чтобы какой-либо органъ власти слѣдственной или полицейской считать необходимымъ произвести такіе снимки; нѣтъ и на самомъ альбомѣ никакихъ слѣдовъ, изъ которыхъ можно было бы усмотрѣть, что снимки предметовъ и зданій, находящихся на мѣстѣ происшествія, были произведены какимъ-либо должностнымъ лицомъ и являются актами сего лица. Не указано также и на альбомѣ когда именно снимки эти сдѣланы; надпись на его обложкѣ ограничивается лишь сообщеніемъ о томъ, что снимки относятся къ дѣлу объ убійствѣ доктора Иванцова, имѣвшему мѣсто 31 мая 1913 г. Такимъ образомъ не подтверждается, прежде всего, данными дѣла, имѣющимся въ производствѣ о Воробьевѣ, сдѣланныя протокола судебного засѣданія о томъ, что предъявленный присяжнымъ засѣдателямъ аль-

бомъ былъ составленъ на дознаніи по распоряженію сыскной полиціи.

Но упростимъ задачу: примемъ мнѣніе суда о томъ, что альбомъ со снимками сдѣланъ при дознаніи полиціей. Что же отъ того? Дѣйствія суда, представившаго альбомъ присяжнымъ, не становятся отъ того правильнѣе.

Судъ нашелъ возможнымъ предъявить этотъ альбомъ какъ вещественное доказательство. Наличие въ дѣлѣ постановленія судебного слѣдователя о приобщеніи альбома къ дѣлу именно въ качествѣ вещественнаго доказательства устраняла, повидному, для суда всякія сомнѣнія. Въ дѣйствительности же Суду остались совершенно непонятными ни процессуально-юридическій характеръ того альбома, который онъ предъявлялъ, ни то, какими процессуальными законами слѣдуетъ при этомъ руководствоваться.

Ну, прежде всего, конечно, нельзя считать эти альбомы вещественными доказательствами, въ томъ смыслѣ, какой этому понятію придается въ Уст. Угол. Суд. Между тѣмъ на практикѣ, чаще всего подобные снимки и альбомы разсматриваются именно какъ вещественныя доказательства. И именно то обстоятельство, что на практикѣ такой взглядъ оказался возможнымъ вопреки, кажется, юридической очевидности — заставляетъ насъ обратиться къ разсмотрѣнію соответственныхъ законодательныхъ постановленій. Быть можетъ это разсмотрѣніе сдѣластъ отвѣтъ на поставленный вопросъ безспорнымъ.

Подъ вещественными доказательствами, какъ это указано въ 371 ст. Уст. Угол. Суд., разъясненной рѣшеніями Правительствующаго Сената 1875 г. № 399 и 1878 г. № 34, законъ понимаетъ, собственно, предметы, на которые было направлено дѣйствіе подкудоваго или которые служили орудіемъ для совершенія преступленія и вообще могутъ служить средствомъ къ обнаруженію преступленія и къ уликѣ преступника. Вещественнаго доказательства во время слѣдствія или дознанія нельзя создать; оно существуетъ независимо отъ судебного разслѣдованія дѣла и до него; агенты слѣдственной или полицейской власти его могутъ лишь обнаружить, найти.

Если альбомъ этотъ дѣйствительно составленъ, какъ полагасть Судъ, по распоряженію полиціи при дознаніи, то это составленіе его сыскной полиціей лучше всего должно доказывать и подтверждать, что онъ именно и не является вещественнымъ по дѣлу доказательствомъ, а долженъ быть признанъ обыкновеннымъ актомъ дознанія, подобно имѣющимся въ дѣлѣ протоколамъ опросовъ, осмотровъ и т. д.

Можно ли, напримѣръ, допустить, чтобы судебный слѣдователь, получивъ отъ полиціи дознаніе, состоящее изъ протоколовъ осмотра и опросовъ свидѣтелей, и приступивъ къ производству предварительнаго слѣдствія по тому же дѣлу, осмотрѣлъ полицейское дознаніе и приобщилъ его къ дѣлу въ качествѣ вещественнаго доказательства? Можно ли было бы на этомъ основаніи затѣмъ прочесть акты полицейскаго дознанія, вообще не подлежащіе на судѣ оглашенію? Если бы стать на такую точку зрѣнія, то очевидно въ производствѣ, вообще, могло бы не оказаться документовъ, не подлежащихъ оглашенію, ибо можно было бы все имѣющееся въ дѣлѣ осмотрѣть, а затѣмъ все осмотрѣнное приобщить въ качествѣ вещественнаго доказательства, и затѣмъ все огласить на судѣ; ясно, что такимъ путемъ можно было бы отмѣнить и аннулировать вообще и 629 и 687 ст., имѣющія своей цѣлью гарантировать достовѣрность предъявляемаго судебного матеріала. Если нельзя приобщить къ дѣлу въ качествѣ вещественнаго доказательства протокола осмотра, произведеннаго, напримѣръ, урядникомъ, то нельзя и по тѣмъ же причинамъ приобщить въ качествѣ вещественнаго доказательства и альбома фотографическихъ снимковъ, изготовленныхъ сыскной полиціей. Если бы, съ другой стороны, напримѣръ, самъ слѣдователь произвелъ осмотръ мѣста или произвелъ самъ фотографическую съемку, повидимому не было бы никакихъ основаній говорить о необходимости приобщенія слѣдователемъ къ дѣлу въ качествѣ вещественнаго доказательства своего же протокола осмотра или имъ же произведенныхъ фотографическихъ снимковъ. Не можетъ быть признано правильнымъ положеніе, когда вещественнымъ доказательствомъ, т.-е. вещью, предметомъ вѣшняго міра, на себѣ отразившимъ преступленіе и на себѣ носящимъ слѣды его, считать и молотокъ и фотографическій снимокъ его, картузь и фотографическій снимокъ его. Между тѣмъ такъ оно случилось въ дѣлѣ Воробьева. Если альбомъ не можетъ считаться вещественнымъ доказательствомъ въ смыслѣ Устава Уголовнаго Судопроизводства (ст. 371 и рѣш. 1875 г. № 399, 1878 г. № 34), то очевидно постановленіе судебного слѣдователя о приобщеніи въ качествѣ вещественнаго доказательства этого альбома является ошибочнымъ и неправильнымъ, тѣмъ болѣе, что онъ даже и не удостовѣрился въ томъ, откуда этотъ альбомъ полученъ сыскной полиціей, кѣмъ и когда составленъ. Неправильность эта, допущенная судебнымъ слѣдователемъ не могла естественно предвѣщать утвердительнаго отвѣта по вопросу о возможности предъявленія альбома присяжнымъ заседателямъ.

Для того и производится судебное слѣдствіе въ условіяхъ устно-

сти и соотязательности, чтобы провѣрить слѣдствіе предварительное, чтобы на первомъ исправить всѣ недостатки послѣдняго и допущенныя на немъ неправильности. Цѣлью судебного слѣдствія въ этомъ отношеніи является исправленіе, а отнюдь не повтореніе ошибокъ слѣдствія предварительнаго. Въ примѣненіи къ дѣлу Воробьева мы бы могли повторить то же, что высказано было Правительствующимъ Сенатомъ въ дѣлѣ Засуличъ по вопросу о приобщеніи по постановленію судебного слѣдователя къ дѣлу въ качествѣ вещественнаго доказательства № газеты «Новое Время». Мы полагаемъ, что приобщенный къ дѣлу альбомъ не составляетъ ни предмета, на который было направлено преступленіе, приписываемое Воробьеву, ни предмета, который бы послужилъ Воробьеву орудіемъ для совершенія преступленія, ни, наконецъ, такого предмета, который оставлялъ бы на себѣ слѣды преступленія.

Итакъ, никогда и ни при какихъ условіяхъ фотографическіе снимки, произведенные слѣдственной или замѣняющей ее властью при предварительномъ изслѣдованіи дѣла, не могутъ являться вещественнымъ доказательствомъ въ смыслѣ Уст. Угол. Суд., хотя снимки эти безспорно являются вещами и при соблюденіи извѣстныхъ условій могутъ являться и доказательствами.

Каковы же эти условія? Какъ мы уже указывали Уставъ Уголовнаго Судопроизводства не содержитъ въ себѣ никакихъ постановленій ни о производствѣ фотографическихъ снимковъ на дознаніи и предварительномъ слѣдствіи, ни о предьявленіи таковыхъ на судебномъ слѣдствіи. Такимъ образомъ, при обсужденіи этихъ вопросовъ приходится обратиться къ статьямъ, подходящимъ къ этимъ случаямъ ближе всего по аналогіи.

Если обратиться къ той цѣли, для которой производятся фотографическіе снимки мѣста преступленія или вещественныхъ доказательствъ, то несомнѣннымъ окажется, что цѣли эти совпадаютъ съ тѣми цѣлями, для которыхъ производятся при разслѣдованіи, напр. осмотры мѣста или отдѣльныхъ предметовъ, измѣреніе ихъ и чертежи осматрѣнныхъ мѣстъ и предметовъ (ст. 318 У. У. С.). И значеніе фотографій въ этомъ случаѣ едва ли можно преуменьшить, ибо она въ зрительныхъ образахъ запечатлѣваетъ то, что по буквѣ 318 ст. слѣдователь долженъ разсказать словами. Фотографическіе снимки по ихъ процессуальному значенію приравниваются къ протоколамъ осмотра и къ научной литературѣ, чему примѣромъ можетъ служить Курсъ Уголовнаго Судопроизводства сенатора И. Я. Фойницкаго (т. 2, стр. 251, по изд. 1910 г.) и «Практическое руководство для судебныхъ слѣдователей» П. В. Макалинскаго (ч. 2, подъ ст. 318). Такимъ образомъ, зрительное

впечатлѣніе отъ предъявляемаго судьямъ фотографическаго снимка должно замѣнить или дополнять слуховое впечатлѣніе отъ оглашаемыхъ протоколовъ осмотра. Поэтому очевидно и предъявленіе произведенныхъ при предварительномъ изслѣдованіи дѣла фотографическихъ снимковъ, должно подчиняться тѣмъ же правиламъ и допускаться лишь при тѣхъ же условіяхъ и при наличности тѣхъ же гарантій, что и оглашеніе протоколовъ осмотровъ и описаній.

Оглашены же могутъ быть лишь тѣ протоколы осмотровъ, кои удовлетворяютъ формальнымъ условіямъ, въ Уставѣ Уголовнаго Судопроизводства содержащимся и гарантирующимъ достовѣрность этихъ протоколовъ. Эти требованія въ общемъ сводятся прежде всего къ тому, что осмотры должны быть произведены судебнымъ слѣдователемъ и притомъ въ присутствіи, по крайней мѣрѣ, двухъ понятыхъ (ст. 315 и 321 Уст. Угол. Суд.). Понятые своими подписями въ концѣ протокола осмотра удостовѣряютъ, что все записано въ протоколѣ дѣйствительно такъ, какъ оно при осмотрѣ было найдено.

Всѣ эти требованія должны быть соблюдены и при производствѣ фотографическихъ съемковъ. Нельзя, конечно, сомнѣваться въ томъ, что фотографическая пластинка совершенно точно отразитъ все то, что поставлено передъ объективомъ. Но все же стороны должны имѣть гарантію, напримѣръ, въ томъ, что никакіе движимые предметы дѣйствительно не были передвинуты при съемкѣ; то или иное положеніе этихъ предметовъ можетъ имѣть иногда для дѣла очень большое значеніе. Гарантіи эти должны и могутъ состоять прежде всего въ составленіи постановленія о томъ, что признано необходимымъ сдѣлать снимки, а понятые, затѣмъ, своими подписями на снимкахъ удостовѣряютъ, что всѣ снятые предметы были именно въ томъ положеніи, въ какомъ они находились въ моментъ прибытія на мѣсто слѣдственныхъ властей.

Изъ протоколовъ осмотровъ, составленныхъ полиціей вмѣсто судебного слѣдователя, подлежатъ оглашенію лишь тѣ, кои составлены на основаніи 258 ст. и притомъ съ соблюденіемъ въ точности правилъ поставленныхъ для производства предварительнаго слѣдствія (ст. 259 Уст. Угол. Суд.).

И полиція, слѣдовательно, при производствѣ фотографическихъ съемковъ, должна представить тѣ же гарантіи достовѣрности получаемыхъ фотографическихъ снимковъ, что и судебный слѣдователь, конечно, въ томъ случаѣ, если она дѣйствуетъ на основаніи 258 ст. въ порядкѣ спѣшности не выжидая прибытія судебного слѣдователя; если она дѣйствуетъ не на основаніи 258 ст.,

то объ оглашеніи ся протоколовъ, а также и производимыхъ ею фотографическихъ снимковъ, и вообще не можетъ быть рѣчи на судебномъ слѣдствіи. Слѣдуя въ этомъ отношеніи Макалинскому («Практическое Руководство для Судебныхъ Слѣдователей подъ ст. 319) мы полагаемъ, что протоколы осмотра должны быть подписаны всеми присутствовавшими при немъ лицами; ими же должны быть подписаны и сдѣланные во время осмотра чертежи, планы, рисунки и т. п., если они сдѣланы на особыхъ листахъ». И то же правило должно быть, очевидно, соблюдено и при производствѣ фотографическихъ съемокъ. Должностныя лица, распоряжающіяся производствомъ съемокъ и присутствующія при этомъ понятые, скрѣпляютъ своими подписями прежде всего протоколъ о томъ, что снимки дѣйствительно производились, свидѣтельствуя тѣмъ о правильности самыхъ условій производства съемокъ; изготовленные фотографическіе снимки должны имѣть подписи должностныхъ лицъ, ихъ производящихъ, а также и понятыхъ, удостоверяющія что изготовленные снимки дѣйствительно соотвѣтствуютъ тому, что въ ихъ присутствіи снималось. Представленные по дѣлу Воробьева снимки не имѣютъ вовсе никакихъ подписей, свидѣтельствующихъ о ихъ достовѣрности и эту достовѣрность гарантирующихъ. Въ дѣлѣ отсутствуетъ протоколъ о томъ, что во время производства дознанія, полиція считала необходимымъ произвести эти съемки и не имѣется въ производствѣ даже даты о томъ, когда эти снимки производились. При такихъ условіяхъ не можетъ быть спора о томъ, что предъявленный альбомъ со снимками доктора Иванцова и вещественныхъ подѣлу доказательствъ, соотвѣтствуя, вообще, по своему процессуальному значенію протоколамъ осмотра, вовсе не удовлетворяетъ требованіямъ 258, и 259 ст. ст., ибо не имѣетъ въ себѣ ни одного изъ признаковъ требуемыхъ этими статьями и гарантирующихъ достовѣрность произведенныхъ снимковъ. По этой причинѣ альбомъ этотъ не могъ быть предъявленъ присяжнымъ засѣдателямъ и по 687 ст. Уст. Угол. Суд.

Уголовный Кассационный Департаментъ по I отдѣленію (резолуція отъ 26 іюня 1915 г., № 6572) согласился съ кассаторами въ томъ, что ни 697, ни 687 статьи не оправдываютъ предъявленія присяжнымъ имѣвшихся при дѣлѣ фотографическихъ снимковъ. Значить приговоръ долженъ быть кассированъ, ибо введены въ процессъ неподлежащія доказательства? Ничуть не бывало. Вотъ дословно относящаяся къ рассматриваемому вопросу часть резолюціи Сената, оставившаго кассационную жалобу безъ послѣдствій.

Сенатъ признаетъ, что «хотя предъявленіе присяжнымъ ве-

щественнаго доказательства, альбома, изготовленныхъ при дознаніи фотографическихъ снимковъ съ подсудимаго Воробьева, а также и вещественныхъ по дѣлу доказательствъ и съ мѣста преступленія и не согласно съ требованіями ст. 687 и 697 Уст. Угол. Суд., но эта неправильность не можетъ служить достаточнымъ поводомъ къ отмѣнѣ состоявшагося приговора, такъ какъ эти фотографическіе снимки содержали изображеніе того, что присяжнымъ засѣдателямъ уже предъявлено было».

Въ этомъ разсужденіи обращаютъ на себя вниманіе двѣ особенности: мотивы, по которымъ Сенатъ призналъ обжалованное нарушеніе несущественнымъ и отсутствіе мотивовъ по которымъ Сенатъ счелъ предъявленіе альбома въ дѣлѣ Воробьева все же нарушеніемъ. Можно думать, что 697 статью Сенатъ отвергъ по соображеніямъ, близкимъ къ развитымъ выше. Но почему Сенатъ согласился съ тѣмъ, что нарушена 687 ст.²¹⁾ Потому ли, что онъ считаетъ вообще — ни при какихъ условіяхъ невозможнымъ предъявленіе подобныхъ снимковъ по 687 ст.? Потому ли, что въ дѣлѣ Воробьева, т.-е. лишь въ данномъ конкретномъ случаѣ — это было невозможно благодаря отсутствію нѣкоторыхъ формальныхъ условій, требуемыхъ 687 статьей? Такимъ образомъ разсматриваемая резолюція, констатировавъ невозможность въ частномъ, конкретномъ случаѣ предъявлять альбомъ ни по 687 ст., ни по 697 ст. вовсе не содержитъ въ себѣ указаній на то, при какихъ условіяхъ и съ соблюденіемъ какихъ формальностей предъявленіе фотографическихъ снимковъ вообще возможно. И судъ получившій этотъ указъ Сената, встрѣтившись съ тѣмъ же вопросомъ въ другой разъ также не будетъ имѣть руководящаго разъясненія, которое, казалось, было такъ возможно и такъ близко.

Не менѣе интересны и тѣ соображенія, по которымъ допущенное нарушеніе признано несущественнымъ. Въ резолюціи Сената указывается на то, что снимки не содержали въ себѣ ничего, кромѣ того, что и безъ того было предъявлено присяжнымъ. Искусственность этого соображенія совершенно очевидна. На снимкахъ, между прочимъ, снято мѣсто преступленія, на снимкѣ изображены пѣлый рядъ движимыхъ предметовъ и положеніе нѣкоторыхъ изъ этихъ

²¹⁾ Можно для контраста указать, что въ резолюціи 3 отдѣленія Угол. Кас. Деп. 20 декабря 1912 г. по д. Пушкарёва — Сенатъ призналъ, что «Судъ не допустилъ нарушенія ст. 687 Уст. Угол. Суд. предъявленіемъ присяжнымъ засѣдателямъ приложеннаго къ дѣлу и осмотрѣннаго судебнымъ слѣдователемъ фотографическаго альбома».

предметовъ могло имѣть значеніе для дѣла; это очевидно было даже изъ обвинительнаго акта. Если снимки произведены безъ всякихъ формальностей, то въ чемъ же гарантія того, что эти движимые предметы сняты какъ разъ на тѣхъ мѣстахъ, гдѣ имъ въ дѣйствительности быть надлежало.

Среди снимковъ, предъявленныхъ присяжнымъ засѣдателямъ, есть между прочимъ снимокъ, на которомъ изображенъ лежащій около дома человѣкъ; подъ этимъ снимкомъ неизвѣстно кѣмъ подписано, что на фотографіи снятъ дворникъ, изображающій доктора Иванцова, лежащимъ на томъ же мѣстѣ и въ той же позѣ, въ какой онъ былъ найденъ. Стороны, и въ частности защита, не обладаютъ гарантіями того, что поза лежащаго дворника дѣйствительно точно копируетъ позу доктора Иванцова, а мѣсто, гдѣ лежитъ дворникъ, точно указываетъ на мѣсто нахожденія тѣла доктора Иванцова. Въ уликовой борьбѣ это имѣетъ значеніе. Между тѣмъ зрительное впечатлѣніе отъ снимка врѣзается въ сознаніе присяжныхъ засѣдателей и никакой осмотръ на мѣстѣ не въ силахъ изгладить этого зрительнаго впечатлѣнія. Нарушеніе это, состоящее въ предъявленіи альбома и въ частности снимка съ изображеніемъ лежащаго дворника, можетъ оказаться тѣмъ существеннѣе, если снимокъ этотъ сопоставить съ также предъявленнымъ присяжнымъ засѣдателямъ снимкомъ обвиняемаго Воробьева, подъ которымъ также неизвѣстно кѣмъ подписано, что изображенное лицо есть «уличенный» въ убійствѣ доктора Иванцова подрядчикъ Воробьевъ.

Такимъ образомъ, въ сознаніе присяжныхъ засѣдателей былъ введенъ матеріалъ, достовѣрность котораго никѣмъ и ничѣмъ не гарантирована и нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что этотъ матеріалъ могъ оказать вліяніе на вердиктъ присяжныхъ засѣдателей, а такой возможности вліянія совершенно достаточно для кассацин приговора, при томъ условіи, что матеріалъ этотъ по закону не подлежалъ предъявленію присяжнымъ засѣдателямъ. Присяжные засѣдатели не только не мотивируютъ своихъ приговоровъ, но обязаны соображенія свои хранить въ сугубой тайнѣ и далѣе предположенія о возможности вліянія никто не въ правѣ и не можетъ итти въ своихъ доказательствахъ.

Каковъ изъ всего сказаннаго выводъ?

Разрѣшеніе указанныхъ вопросовъ въ отдѣленной практикѣ Сената не удовлетворяетъ возникающимъ запросамъ. Еще менѣе удовлетворительно рѣшеніе ихъ на мѣстахъ. Намъ кажется, что въ вышензложенныхъ строкахъ намъ удалось найти правильное рѣшеніе вопросовъ, какъ объ условіяхъ производства фотографическихъ съемокъ, такъ и объ условіяхъ предъявленія снимковъ

на судѣ. Слѣдуетъ, повидимому, желать, чтобы подробно мотивированное департаментское рѣшеніе, положило, наконецъ, предѣлы колебаніямъ и курьезамъ, имѣющимъ мѣсто на практикѣ. При правильномъ рѣшеніи этихъ вопросовъ ненужнымъ станетъ и практикующійся нынѣ осмотръ снимковъ судебнымъ слѣдователемъ, — осмотръ, который не можетъ прибавить снимкамъ судебной достовѣрности съ одной стороны, а съ другой стороны лишь смущаетъ судей при рѣшеніи вопроса о предъявленіи этихъ снимковъ на судѣ.

Не такъ давно въ публичномъ засѣданіи столичнаго Окружнаго Суда произошло событіе, которое нельзя назвать иначе, какъ публичнымъ шельмованіемъ и осмѣяніемъ защиты, — не того или иного конкретнаго защитника и не защиты въ томъ или иномъ конкретномъ судебномъ дѣлѣ — а вообще защиты въ уголовномъ процессѣ, если угодно — уголовной защиты, какъ института. Нападеніе это было сдѣлано никѣмъ инымъ, какъ предсѣдательствовавшимъ товарищемъ предсѣдателя суда¹⁾.

Передъ началомъ цѣлой сессіи съ присяжными засѣдателями — товарищъ предсѣдателя давалъ имъ общія разъясненія о построеніи процесса, о роли и обязанностяхъ, какъ самихъ присяжныхъ, такъ и другихъ лицъ и органовъ, участвующихъ въ производствѣ суда. Намъ неизвѣстно, какъ были разъяснены присяжнымъ засѣдателямъ ихъ собственныя обязанности или какія мысли были высказаны имъ, напр., о роли и значеніи предсѣдательствующаго въ засѣданіи. Но вотъ въ какомъ свѣтѣ представлена была присяжнымъ засѣдателямъ защита. Мы при этомъ излагаемъ лишь то, что призналъ доказаннымъ и Сенатъ. Изъ резолюціи послѣдняго (состоявшейся по 3 отд. Угол. Кас. Деп., 17—18 апрѣля 1915 г. подѣлу Николаева) мы узнаемъ, что предсѣдатель «между прочими соображеніями о разныхъ приемахъ защиты высказалъ, что защита стремится къ тому, чтобы затемнить дѣло, отвлечь въ сторону вниманіе присяжныхъ засѣдателей, подготовить подсудимаго, наговорить жалкихъ словъ и меньше всего старается выяснить истину и такъ далѣе».

Такъ, въ нѣсколькихъ словахъ, весьма ясно и просто было изложено чѣмъ занимается на судѣ защита. Противодѣйствіе правосудію — такъ приблизительно представляетъ себѣ товарищъ

¹⁾ Къ слову сказать дѣятельность этого судебного дѣятеля въ качествѣ предсѣдателя подверглась подробному обсужденію еще въ одномъ изъ старыхъ рѣшеній Угол. Кас. Деп., состоявшемся при участіи столь блистательныхъ именъ, какъ Н. С. Таганцевъ, А. О. Конн, В. К. Случевскій (1899 г. № 5).

предсѣдателя Московскаго Окружнаго Суда отношеніе къ дѣятельности уголовного суда присяжной адвокатуры, представители которой въ подавляющемъ количествѣ дѣлъ несутъ обязанности защитниковъ на судѣ.

Борьба предсѣдательствующихъ не съ тѣми или иными защитниками, — а съ самой защитой — не теперь началось и не обнаруживается еще тенденціи кончаться. Поневоѣ вспоминаешь прекрасную и не устарѣвшую и понынѣ статью покойнаго Фойницкаго «О защитѣ въ уголовномъ процессѣ, какъ служеніи общественномъ». Прекрасный теоретикъ, близко знавшій и потребности практики по своей работѣ въ кассационномъ Судѣ, Фойницкій — тогда еще молодой товарищ оберъ-прокурора отмѣчалъ въ 1885 г. что: «Слабость сознанія общественнаго назначенія защиты нашу судебную практикой проявляется въ отношеніяхъ предсѣдательствующихъ въ засѣданіяхъ къ защитникамъ. По мѣрѣ того, какъ нападенія на адвокатовъ становились болѣе и болѣе модными въ обществѣ, измѣнялось и ихъ положеніе въ судѣ уголовномъ. Едва ли слѣдуетъ скрывать отъ себя, что если не всѣ, то многіе предсѣдательствующіе видятъ въ нихъ не помощниковъ правосудія, а его противниковъ» (стр. 44). Слова Фойницкаго въ общемъ отражаютъ дѣйствительность и въ наши дни. И все же эксцессы, подобные приведенному — въ столь общей, рѣзкой и неприкрытой формѣ не часты.

Естественно было ждать сильной и энергичной реакціи со стороны кассационнаго суда, куда дѣло перешло по жалобѣ одного изъ осужденныхъ въ той сессіи, которой было предпослано столь блестящее разъясненіе. Оказалось, что ожиданія эти были, во всякомъ случаѣ, напрасными. Сенатъ призналъ доказаннымъ, что приведенными эксцессами «предсѣдательствующій допустилъ не вызываемыя требованіемъ 645⁹ ст. Уст. Угол. Суд. разъясненія присяжнымъ засѣдателямъ о принятомъ защитой положеніи на судѣ». Казалось бы, что доказано вопіющее нарушеніе, которое могло извратить всю судебную перспективу на цѣлый рядъ дѣлъ, разрѣшенныхъ присяжными, столь своеобразно обученными. Сенатъ отнесся къ дѣлу гораздо спокойнѣе; онъ нашелъ, что «такое огульное и неумѣстное порицаніе Предсѣдательствующимъ защиты, не соотвѣтствуя его высокому положенію и требуемому закономъ спокойному достоинству изложенія присяжнымъ засѣдателямъ условій отправленія ими въ предстоящую сессію правосудія, можетъ возбудить справедливое противъ него нареканіе, но не влечъ за собою отмѣны по настоящему дѣлу приговора, такъ какъ ни изъ протокола судебного

засѣданія, ни изъ самой кассационной жалобы не видно, чтобы вышеизложенныя выраженія Предсѣдательствующаго отразились въ чемъ либо на управленіи имъ ходомъ дѣла и имѣли какое либо вліяніе на рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей, тѣмъ болѣе, что самъ подсудимый не отрицаетъ въ жалобѣ подписи своей подъ векселями именемъ князя Николая Николаевича Трубецкого».

Эта выдержка изъ резолюціи Сената вся — отъ начала до конца весьма замѣчательна. Такъ, прежде всего, помѣнію Сената ни откуда не видно, чтобы вышеизложенныя слова предсѣдательствующаго имѣли какое-либо вліяніе на рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей¹⁾.

Мы спрашиваемъ—могъ ли бы самъ Сенатъ указать пути и способы къ выполненію тѣхъ требованій, которыя онъ ставитъ кассатору?

Присяжные, какъ извѣстно, выносятъ немотивированное рѣшеніе о виновности; мотивы ихъ приговора являются недоступной, даже для Сената, тайной совѣщательной комнаты. Итакъ, доказать дѣйствительное вліяніе того или другого факта, имѣвшаго мѣсто на судѣ на вердиктъ присяжныхъ засѣдателей — есть заданіе невозможное и фактически и юридически. А если такое вліяніе нельзя доказать, то совершенно бесполезно, повидимому, его и указывать. Нѣтъ такого нарушенія процессуальныхъ правилъ, при наличности котораго мы могли бы навѣрняка прослѣдить вліяніе его на логическій и психологическій процессъ образованія судейскаго убѣжденія и постановленія приговора судьями. Но что же можно, въ дѣйствительности требовать отъ жалующейся въ кассационномъ порядкѣ стороны? Нѣтъ сомнѣнія, она должна, прежде всего, доказать существованіе того нарушенія, ссылаясь на которое она требуетъ кассации. Въ дѣлѣ Николаева это исполнено и самъ Сенатъ призналъ указанное въ жалобѣ нарушеніе неподлежащимъ сомнѣнію. Сторона, должна далѣе, убѣдить кассационную инстанцію въ томъ, что это нарушеніе могло повліять на судей въ неблагопріятную для жалобщика сторону. Не ясно ли и это въ дѣлѣ Николаева? Не ясно ли, что когда руководитель процесса разъясняетъ присяжнымъ, что защита стремится къ тому, чтобы отвлечь въ сторону вниманіе присяжныхъ засѣдателей и меньше всего старается выяснитъ истину — не ясно ли, что послѣ такого напутствія присяжные съ предвзятымъ, внушеннымъ имъ недоверіемъ, могутъ отнестись ко всѣмъ доводамъ защиты въ пользу подсудимаго. Если повѣрять предсѣдателю присяжные — то много ли среди нихъ найдется желающихъ идти въ своемъ приговорѣ за за-

¹⁾ Жалоба, по коей состоялось разсматриваемая резолюція была принята Николаевымъ, осужденнымъ по 1160 ст. Ул. о Н. за подлогъ векселей.

щитниковъ? Если такое нарушеніе своихъ обязанностей предсѣдателемъ несущественно — то гдѣ же, вообще, существенныя нарушенія судопроизводственныхъ обрядовъ? Какъ доказать, что присяжные согласились со взглядами предсѣдателя на защиту? Авѣдь именно этихъ доказательствъ требуетъ Сенатъ. Высказать то, что высказалъ Сенатъ по дѣлу Николаева — можно, очевидно, либо считая, что разъясненія предсѣдателя все равно, независимо отъ ихъ содержанія — не оказываютъ никакого вліянія на присяжныхъ, либо не сомнѣваясь въ томъ, что доводы защиты также всегда безразличны для присяжныхъ, и что слѣдовательно противозаконное освѣщеніе роли защиты по разсматриваемому дѣлу все равно ничего не можетъ прибавить къ взгляду присяжныхъ на защиту. Едва ли есть надобность доказывать, что оба эти предположенія одинаково противорѣчатъ закону.

Между тѣмъ отмѣченное въ резолюціи по дѣлу Николаева требованіе доказательствъ причинной связи обжалуемаго нарушенія съ приговоромъ — въ практикѣ Сената, повидимому не случайно. Передъ нами резолюція отъ 19 декабря 1914 г. по дѣлу Пестковского, которому Судъ отказалъ въ допущеніи двухъ защитниковъ, имъ избранныхъ, предложивъ ограничиться лишь однимъ изъ нихъ. Сенатъ нашелъ, что «хотя несогласное съ 565 ст. Уст. Угол. Суд. ограниченіе правъ жалобщика въ избраніи имъ второго защитника и представляется неправильнымъ но эта неправильность не можетъ въ данномъ случаѣ, служить основаніемъ къ отмѣнѣ приговора, такъ какъ жалобщикъ не указалъ даже, чтобы участіемъ въ дѣлѣ одного лишь наличнаго защитника были въ чемъ либо нарушены его интересы».

Если подсудимому принадлежало право имѣть двухъ защитниковъ — а этого не отрицаетъ и Сенатъ — то отказъ ему въ этомъ самымъ нагляднымъ образомъ нарушаетъ и его права и его интересы. Подсудимый — (правильно ли по существу — это безразлично) считалъ, что защита его можетъ быть достаточно обезпечена определенными двумя лицами, которымъ онъ довѣряетъ. Его интересъ состоялъ въ томъ, чтобы имѣть двухъ защитниковъ; ему противозаконно въ этомъ воспрепятствовали. Нарушеніе какихъ еще интересовъ нужно доказать передъ Сенатомъ? Конечно, если ставить жалобщнику требованія, заранее невыполнимыя, то невыполненіе ихъ всегда должно влечь отказъ въ жалобѣ. Если послѣдовательно будетъ проводиться этотъ методъ отказа въ жалобахъ, то скоро можетъ быть мы услышимъ о резолюціи, въ которой будетъ, напр., указано, что хотя отказъ въ вызовѣ свидѣтеля неправиленъ,

по это нарушеніе несущественно, ибо жалобщикъ не доказалъ, что отсутствіе этого свидѣтельскаго показанія оказало вліяніе на рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей. То же самое въ отношеніи оглашенія документовъ и т. д. Такая практика была бы равносильна самоубійству кассационнаго суда. Въ печати не разъ уже отмѣчалось вымираніе мотивировки, какъ явленіе типичное для отдѣленной практики. Такое пренебреженіе къ формулированію и высказыванію мотивовъ своего же рѣшенія не можетъ не отражаться весьма гибельно и на судебной практикѣ подвѣдомыхъ Сенату судовъ.

Возвращаемся еще на моментъ къ резолюціи по дѣлу Николаева; въ ней есть еще одна любопытная особенность. Нѣтъ, конечно, ничего опаснѣе для кассационнаго суда, чѣмъ рѣшеніе дѣла въ зависимости отъ существа его и внѣ зависимости отъ чисто юридическихъ, кассационныхъ вопросовъ, поставленныхъ на его разрѣшеніе. Въ этомъ отношеніи нарушеніе кассационной инстанціей статьи 5 Учр. Суд. Уст. опаснѣе какихъ угодно нарушеній процессуальныхъ обрядностей въ низшихъ инстанціяхъ.

Имѣвшее мѣсто въ дѣлѣ Николаева публичное дискредитированіе защиты предсѣдателемъ, по мнѣнію Сената несущественно, «тѣмъ болѣе, что самъ подсудимый не отрицаетъ въ жалобѣ подписи своей подъ векселями именемъ князя Николая Николаевича Трубецкаго».

Такое соображеніе въ кассационномъ рѣшеніи намъ попадаетъ впервые. Если его перевести на вполне понятный языкъ оно значитъ, что для подсудимаго, не отрицающаго инкриминируемаго ему факта, точное исполненіе процессуальныхъ законовъ является до извѣстной степени роскошью, безъ которой онъ легко можетъ обойтись; а потому для него и не имѣютъ никакого существеннаго значенія допускаемыя по его дѣлу нарушенія формъ и обрядовъ судопроизводства. Мы не сомнѣваемся въ томъ — и тому есть совершенно достаточно примѣровъ, — что если бы Николаевъ въ жалобѣ отрицалъ свою подпись подъ векселями, Сенатъ сказалъ бы, что за силой 5 ст. Учр. Суд. Уст. это его не касается. И Сенатъ былъ бы правъ. Въ этомъ заключительномъ доводѣ резолюціи по дѣлу Николаева, повидимому, отражается, и при томъ въ самой опасной формѣ, теорія о невозможности оправданія сознавагося подсудимаго. Если этого послѣдняго все равно надо осудить, то не все ли равно при какихъ условіяхъ это осужденіе будетъ имѣть мѣсто? Вотъ та возможная и весьма вѣроятная мысль, которая, какъ намъ кажется, лежитъ въ основѣ рѣшенія по дѣлу Николаева. И въ этой скрытой мысли особая опасность этого рѣшенія.

А. С. Тагеръ.

Архивъ судебной практики и законодательства подъ редакціей А. Э. Вормса. Годъ изданія I, выпускъ первый. Рѣшенія кассационнаго департамента Правительствующаго Сената за 1914 годъ съ комментаріями. Москва, 1915 годъ.

Нежелательная вообще разобщенность теоріи и практики составляетъ въ особенности печальное явленіе у насъ, такъ какъ наше гражданское законодательство, несмотря на новеллы, въ значительной мѣрѣ улучшившія его, все же представляется законодательствомъ обетшальнымъ, не соотвѣтствующимъ жизни во многихъ случаяхъ и нуждающимся въ широкомъ вмѣшательствѣ Гражданскаго Кассационнаго Департамента Правительствующаго Сената. Поэтому, когда наука гражданского права идетъ своимъ путемъ, а практика предоставлена самой себѣ, получается оторванность нашей науки отъ родного правотворчества, а практика остается безъ обработки, систематизаціи и вообще научнаго освѣщенія, столь необходимыхъ ей, безъ которыхъ самая практика напоминаетъ скорѣе ремесло, чѣмъ высокое искусство, призванное служить на благо человѣчества. Вотъ почему нельзя не привѣтствовать самымъ горячимъ образомъ всякой попытки, направленной на уничтоженіе пропасти между наукой и практикой въ нашемъ правѣ и, въ особенности, той попытки, которая уже освящена на Западѣ и принесла тамъ громадную пользу — мы имѣемъ въ виду комментированіе кассационныхъ рѣшеній, по мѣрѣ того, какъ они опубликовываются. Такое комментированіе научными силами практиковъ и теоретиковъ вносить стройность въ текущую практику, связывая ее съ предыдущей практикой, обогащаетъ науку права новыми институтами и различнаго рода дополненіями и углубленіями, вноситъ критическій духъ въ текущее правотворчество. Благодаря комментированію ослабляется, въ частности, то нежелательное явленіе, что наши теоретики лишены права участвовать непосредственно въ правосудіи. Богатые знаніемъ, но обреченные не примѣнять на практикѣ своего знанія, они въ качествѣ комментаторовъ-арретистовъ легко

получаютъ нынѣ возможность сказать свое вѣское слово, оплодотворить свое научное построеніе правовымъ матеріаломъ. При обсужденіи, редактированіи и принятіи новаго университетскаго устава слѣдовало бы обратить вниманіе на ненормальное явленіе, въ которое поставлены наши процессуалисты, цивилисты и криминалисты профессора, — эти своего рода новые Дамаскины, на которыхъ наложенъ запретъ пѣснопѣнія. Бояться увлеченія практикой не приходится, ибо право такъ же, какъ медицина, гордится прежде всего тѣми корифеями, которые въ то же время практики. Кому неизвѣстно, что теоретикъ — великій создатель Швейцарскаго уложенія Губеръ, является также практикомъ. Но пока что будетъ, нынѣ, во всякомъ случаѣ, благодаря выдающейся энергіи А. Э. Вормса, сумѣвшаго объединить теоретическія и практическія силы въ общемъ благородномъ дѣлѣ комментирования текущей практики, и теоретики и практики могутъ испытать значительное облегченіе. Заключенъ благотворный союзъ, и чѣмъ онъ дольше сохранится, тѣмъ значительнѣе будетъ польза отъ такого союза.

Обращаясь къ разбору перваго труда нашихъ первыхъ арретистовъ, мы должны отмѣтить прежде всего, что ими выполнена большая работа и въ общемъ исполнѣ удачно. Больше всѣхъ потрудился самъ редакторъ. Его перу принадлежитъ 15 комментаріевъ — болѣе одной шестой всѣхъ рѣшеній (всего рѣшеній 88). Далѣе восемь комментаріевъ дано — Розенблюмомъ, семь — Юнасомъ, шесть — Генкинымъ, по пяти — Вольманомъ, Блюменфельдомъ и Яблочковымъ, по три — Леберомъ, Литауэромъ, Рабиновичемъ, Розенталемъ и Шретеромъ, по два — Долматовскимъ, Поповымъ, Талемъ и по одному — четырнадцатю арретистами (Богдановымъ, Бруномъ, Бѣляцкинымъ, В. В., Вавинымъ, Гойхбаргомъ, Г-нъ Влад., Ельяшевичемъ, Завадскимъ, Лаппицкимъ, Пенъковскимъ, Пергаментомъ, Рязановскимъ и Фрейтагъ-фонъ Лоринговымъ). Попутно нельзя не отмѣтить, что въ указателѣ авторовъ имѣются нежелательные недочеты. Именно, подъ комментаріемъ къ рѣшенію за № 20 стоятъ всего двѣ буквы I. P., между тѣмъ въ указателѣ комментарій значится за I. Розенталемъ. Конечно, это частность, но, пожалуй, въ иныхъ случаяхъ весьма нежелательная для авторовъ. Не мѣшало бы, поэтому, проявить больше вниманія и осторожности къ авторамъ. Но гораздо существеннѣе другое, Редакція, при посылкѣ рѣшеній отдѣльнымъ лицамъ для комментирования, руководствовалась тѣмъ, что данный авторъ работалъ въ указанной области или является специалистомъ-практикомъ.

Такой приёмъ въ общемъ удаченъ, ибо, естественно, у такого лица повышёнъ интересъ къ данному вопросу и есть больше знанія какъ разъ въ данной области. Но указанный приёмъ представляетъ собой нѣкоторыя опасныя стороны. Прежде всего онъ сводится къ тому, что цѣлый рядъ сенатскихъ рѣшеній попадаетъ къ одному и тому же лицу, почему всѣ комментаріи приобрѣтаютъ такъ сказать шаблонный, однообразный характеръ, ибо ясно, что каждый авторъ обладаетъ опредѣленными симпатіями, достоинствами и недостатками. Выходитъ, что одинъ авторъ комментируетъ цѣлый рядъ сенатскихъ рѣшеній, приобрѣтаетъ такъ сказать монополію. При чемъ монополія эта основывается иногда на случайномъ признакъ: авторъ писалъ по смежному или данному вопросу. Для примѣра остановимся на Ионасѣ. Онъ прокомментировалъ рѣшенія: 13, 14, 24, 27, 34, 38, 80; всѣ эти рѣшенія по такъ называемымъ увѣчнымъ дѣламъ направлялись для комментирования къ нему. При общей симпатичной точкѣ зрѣнія автора стоятъ на защитѣ трудящихся, нельзя не отмѣтить, что эта точка зрѣнія вызываетъ сомнѣніе въ полномъ безпристрастіи автора. Вообще было бы желательно при комментированіи стремиться сохранить полную объективность и безпристрастіе въ своихъ личныхъ симпатіяхъ. Отъ этого поднялся бы удѣльный вѣсъ и самого комментарія. Но и помимо всего этого есть еще одна чрезвычайно опасная сторона. Специалистъ въ какой-либо области можетъ оказаться профаномъ въ основныхъ общихъ вопросахъ, и, въ итогѣ, можетъ получиться нежелательное явленіе, роняющее достоинство всего комментарія. Между тѣмъ достоинство комментарія составляетъ, по нашему разумѣнію, всю силу его: только на внутреннемъ достоинствѣ зиждется авторитетъ всей работы арретистовъ. Между тѣмъ, одинъ изъ авторовъ, заслуженный специалистъ въ своей области, допускаетъ большія неточности, чтобы не сказать больше. Такъ, напр., онъ приписываетъ судебной палатѣ вещи, явно не допустимыя. На стр. 169 И. С. Вольманъ говоритъ: «Разсужденія Палаты были основаны не на фактахъ, а на чисто юридическихъ соображеніяхъ (разрядка наша) о томъ, что, лѣсъ, хотя и не снятый съ земли, составляетъ движимое имущество». Между тѣмъ, на стр. 170, гдѣ приводится рѣшеніе Палаты, буквально сказано слѣдующее: «собственникъ имущества воленъ продать свое имущество какъ въ цѣломъ составѣ со всѣми принадлежностями, такъ и отдѣльно имущество движимое отъ недвижимаго, отдѣляя для этой цѣли первое отъ послѣдняго...» Такимъ образомъ, Палата не высказывала того, что ей неправильно приписано. Кромѣ того, неправильно слѣдовать за закономъ, который смѣшиваетъ принадлежности

съ составными частями, а надо было бы различать ихъ, какъ это и подобаетъ въ научномъ комментарий. Между тѣмъ авторъ говоритъ о какихъ-то «неотдѣленныхъ принадлежностяхъ» (стр. 168). Данный примѣръ самъ по себѣ не имѣетъ, конечно, большого значенія, но нельзя не пожелать, чтобы указанные промахи и имъ подобные исчезли въ послѣдующихъ выпускахъ комментарія.

Далѣе, позволимъ себѣ отмѣтить нѣкоторые недочеты, которые уже не зависятъ отъ приема посылки рѣшеній къ тѣмъ или другимъ лицамъ. Такъ, къ сожалѣнію, не всегда дается полный комментарий (см. ¹⁴/₆₅, ¹⁴/₈₂, ¹⁴/₈₃)¹⁾ и не всегда точно, по нашему мнѣнію, понимается мысль сената (¹⁴/₆₉).

Но вообще сенатъ, по нашему мнѣнію, не можетъ пожаловаться на невнимательное къ нему отношеніе. Въ комментарий дается цѣлый рядъ прекрасныхъ примѣчаній. Среди нихъ слѣдуетъ въ особенности выдѣлить примѣчанія А. Вормса (¹⁴/₁, ¹⁴/₄₁, ¹⁴/₆₁, ¹⁴/₆₈, ¹⁴/₇₂, ¹⁴/₇₆) и Розенблюма (¹⁴/₃₀, ¹⁴/₆₀). Въ частности въ комментарий правильно отмѣчается, напр., новизна сенатскаго рѣшенія (14/25), проверяются ссылки сената на прежнія рѣшенія ¹⁴/₁₂) и отмѣчается ошибочность ссылокъ (то же рѣшеніе), дополняется и исправляется мотивировка сената (¹⁴/₅₃, ¹⁴/₆₉, ¹⁴/₇₅), дается широкое освѣщеніе вопроса (¹⁴/₆₈, ¹⁴/₇₇), дѣлаются поправки (¹⁴/₆₉), ставятся новые вопросы (¹⁴/₇₀), дѣлаются любопытные выводы (собственность на этажи въ нашемъ правѣ (¹⁴/₇₂), указываются основныя рѣшенія (¹⁴/₇₂), намѣчаются практическіе выходы (¹⁴/₇₂), устанавливается юридическая природа института (¹⁴/₇₂, ¹⁴/₆₉, ¹⁴/₇₆), отмѣчается созданіе сенатомъ новыхъ институтовъ (¹⁴/₈₂), очерчивается исторія института (¹⁴/₇₂) и вообще на всемъ комментарий лежитъ печать спокойной, ясной, проникнутой истиннымъ научнымъ духомъ критики, хотя въ нѣкоторыхъ случаяхъ нельзя было бы съ этой критикой согласиться (см., напр., ¹⁴/₆₆, ¹⁴/₆₇). Въ частности, можно отмѣтить нѣкоторое увлеченіе западнымъ правомъ (¹⁴/₇₄).

Въ заключеніе, нельзя не выразить еще разъ пожеланіе, чтобы новое начинаніе, столь плодотворное для возбужденія юридической мысли, сліянія практики и теоріи, созданія самобытной науки русскаго права, встрѣтило у насъ всеобщее сочувствіе какъ теоретиковъ, такъ и практиковъ, разбросанныхъ на широкомъ пространствѣ нашей земли, чтобы въ атмосферѣ общаго интереса и духовнаго подъема новое начинаніе росло и крѣпло, чтобы правовое творчество получило единство и являлось величественнымъ

¹⁾ Здѣсь и ниже ссылки на рѣшенія даются примѣрно.

памятникомъ нашего гражданскаго (общаго и мѣстнаго) и процесуальнаго права. И еще одно, всякій, кто прочтетъ предлагаемый первый выпускъ комментарія, не можетъ не испытать глубокаго удовлетворенія какъ юристъ и просто какъ образованный чело-вѣкъ. Сколько вопросовъ, злободневныхъ и жизненныхъ затронуто и разрѣшено за 1914 г. Сколько человѣческихъ интересовъ защищено и охранено... Временами, читая рецензируемый выпускъ, чувствуешь себя въ великой лабораторіи жизни, въ которой, съ помощью права, строится новая жизнь, проникнутая справедливостью и, во всякомъ случаѣ, желаніемъ облегчить и улучшить человѣческую жизнь. Тотъ, кто любитъ и понимаетъ право, тотъ не можетъ пройти мимо рецензируемаго выпуска. Первый выпускъ, а за нимъ и послѣдующіе (за 1915 г. дается въ приложеніи къ «Вѣстнику Права») должны ставиться, по прочтеніи, на полку въ кабинетѣ cadaго юриста, какъ самое драгоцѣнное его достояніе. Пожелаемъ же отъ всей души, чтобы новое дѣло не заглохло, какъ это нерѣдко бываетъ у насъ, чтобы оно развилось, и поблагодаримъ нашихъ первыхъ арретистовъ за трудъ, принесенный на алтарь отечественнаго права, и въ особенности тѣхъ, которые, какъ редакторъ, показали, что такой трудъ возможенъ у насъ въ тяжелыхъ условіяхъ современной войны.

Проф. В. И. Синайскій.

Книги, полученные редакцией.

А. Н. Анцыферовъ. Очерки по кооперации. Лекції и статьи. 2-е изд., пересмотрѣнное и дополненное. Москва, 1915. Цѣна 2 руб.

Проф. Н. С. Бокаріусъ. Судебная медицина въ изложеніи для юристовъ. Харьковъ, 1915.

Проф. С. Бузескуль. Современная Германія и нѣмецкая историческая наука XIX столѣтія. Къ происхожденію современной германской идеологии. Петроградъ, 1915. Цѣна 60 коп.

Его же. Лекції по исторіи Греціи. Т. I. Введеніе въ исторію Греціи. Обзоръ источниковъ и очеркъ разработки. Изд. 3-е, переработанное. Петроградъ, 1915. Цѣна 3 руб. 25 коп.

Виды на урожай въ 1916 г. По свѣдѣніямъ на 15-е іюня. Статистич. отдѣленіе Моск. Губерн. зем. упр. Москва 1916.

Вопросы административнаго права: Кн. I. Изд. Соціального музея имени А. В. Погожевой и Кабинета админ. права при Московскомъ Университетѣ подъ ред. проф. *А. И. Елистратова*. Москва, 1906 г. Цѣна 1 руб. 50 коп.

Проф. М. Н. Гернетъ. Преступленіе и борьба съ нимъ въ связи съ эволюціей общества. Оттискъ изъ изд. «Итоги науки». Т-во Міръ.

В. М. Гессенъ. Основы конституціоннаго права. Петроградъ, 1917. Изд. юрид. книжн. склада «Право». Цѣна 4 руб.

Е. Гинзбургъ-Гальперина. Мировая война и судьбы международнаго права. Петроградъ, 1916. Цѣна 50 коп.

П. П. Гронскій. Общинное управленіе въ главнѣйшихъ государствахъ Германіи. Петроградъ, 1916. Изд. юр. кн. склада «Право». Цѣна 3 руб. 50 коп.

Б. А. Кистяковскій. Соціальныя науки и право. Очерки по методологіи соціальныхъ наукъ и общей теоріи права. Москва, 1916. Изд. М. и С. Сабашниковыхъ. Цѣна 5 руб.

Проф. І. А. Покровскій. Основные проблемы гражданскаго права. Оттискъ изъ изд. «Итоги науки» Т-во «Міръ», стр. 270.

Проф. А. А. Рождественскій. Юридическая природа манифеста 17-го октября 1905 года. Критико-систематическій очеркъ. Ярославль, 1916. Цѣна 75 коп.

Вл. Семеновъ. Изъ исторіи финляндскаго законодательства. О переводахъ шведскихъ законовъ на финскій языкъ въ XVI—XVIII вв. Гельсингфорсъ, 1916.

Состояніе озимей и клеверныхъ посѣвовъ Московской губ. по выходѣ ихъ изъ-подъ снѣга въ 1916 г. Москва, 1916. Статистич. отд. Моск. Губ. земск. управы.

Труды цивилистическаго студенческаго кружка при Университетѣ св. Владимира. Вып. II. Подъ редакціей проф. *В. И. Синайскаго*. Кіевъ, 1916. Цѣна 1 руб. 50 коп.

Проф. А. Н. Филипповъ. Тяга прибалтійскихъ крестьянъ въ Великороссію въ I-й половинѣ XVIII вѣка. Петроградъ, 1916.

В. Н. Ширяевъ. Взяточничество и лиходеительство въ связи съ общимъ ученіемъ о должностныхъ преступленіяхъ. Уголовно-юридическое изслѣдованіе. Ярославль, 1916. Цѣна 4 руб.

Густавъ Шпетъ. Исторія, какъ проблема логики. Критическія и методологическія изслѣдованія. Часть I. Матеріалы. Москва, 1916. Цѣна 4 руб. 50 коп.

Роландъ Эшеръ. Пангерманизмъ. Сокращенный перев. В. Я. фонъ-деръ-Флита. Петроградъ, 1916. Изд. «Огни». Цѣна 1 руб.

А. Яшенко. Русская библіографія по исторіи древней философіи. Юрьевъ, 1915. Цѣна 60 коп.

Приложение I.

Протоколы засѣданій Юридическаго Общества при Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ за 1915 годъ.

Отчетъ по Юридическому обществу при Императорскомъ Казанскомъ университетѣ за 1915 годъ.

Правленіе Юридическаго общества при Императорскомъ Казанскомъ университетѣ имѣетъ честь представить годичному собранію слѣдующій отчетъ за 1915 г. о составѣ и дѣятельности Общества.

1) Къ началу 1915 г. въ составъ Общества входили: одинъ почетный членъ: А. О. Кони и 74 дѣйствительный: Агарковъ М. М.; Адарацкій В. В.; Акментынъ Р. К.; Алкинъ С. Ш.; Андреевъ Н. Н.; Батъ А. Гед.; Баудеръ В. О.; Бернштейнъ С. А.; Боронинъ В. Д.; Богородицкая Л. А.; Бродскій А. Я.; Будде Б. Е.; Буховъ М. С.; Быховскій А. Н.; Вегеръ О. А.; Вегеръ В. И.; Венеціановъ М. С.; Вечесловъ И. Г.; Горнштейнъ К. Г.; Доманжо В. П.; Дормидонтовъ Г. О.; Екатерининскій Г. Дм.; Завадскій Ал. Вл.; Зарубинъ П. П.; Зедерштедтъ И. Ив.; Ивановъ Б. П.; Ивановъ В. О.; Ивановъ В. Г.; Ивановскій В. В.; Иманаевъ Ш. Х.; Илговская Г. А.; Исаковичъ Г. А.; Капланъ Б. Як.; Ковалевъ Ал. Вл.; Колотинскій Н. Д.; Крыловъ В. В.; Крыльцовъ И. И.; Кузнецовъ П. В.; Лаврскій К. В.; Манисъ Г. Юл.; Макушовъ С. Н.; Макаровъ Н. А.; Матвѣевъ Вл. О.; Миролюбовъ Н. И.; Нелидовъ С. Н.; Нехотяевъ Ал. Н.; Николай Р. О.; Никольскій П. А.; Овчинниковъ А. А.; Персонъ Д. А.; Перетцъ Э. Г.; Пюнтковский А. А.; Ротенбергъ Р. Як.; Ротенбергъ Ал. О.; Румянцевъ В. А.; Рѣдниковъ В. Як.; бар. Симолинъ А. А.; Соколовъ В. К.; Снѣжницкій В. И.; Стахѣевъ Н. О.; Степановъ И. И.; Струзеръ М. Н.; Таначевъ В. Э.; Тимофеевъ Н. А.; Толетовъ Н. С.; Ушаковъ. С. А.; князь Ухтомскій П. Л.; Фармаковский Ю. Н.; Хомяковъ М. М.; Шемякинъ А. К.

Членами — соревнователями состояли слѣдующіе 6 лицъ: Граціанскій Н. Б.; Миротворцевъ И. В.; Муравьевъ А. Г.; Огородниковъ Вл. Ив.; Сингалевичъ С. П.; Хвостовъ М. М.

Въ теченіе 1915 г. скончались Ал. Вл. Завадскій (9 февраля) и А. А. Пюнтковский (25 декабря).

Вновь вступили 7 дѣйствительныхъ членовъ: Антроповъ И. А.; Бабаджанъ М. И.; Батъ А. Гр.; Виленкинъ М. В.; Глушковъ В. О.; Медвѣдевъ Л. К.; Покровский С. П.; а также 2 члена-соревнователя: Васильевъ Н. А. и Денике Юр. П.

Такимъ образомъ къ 1 января 1916 г. Общество состоитъ изъ 1 почетнаго, 76 дѣйствительныхъ и 8 членовъ-соревнователей.

Правление Общества въ отчетномъ 1915 г. состояло изъ председателя Общества бар. **Симолина А. А.**; товарища председателя **Доманжо В. П.**; казначея **Горнштейна К. Г.** и секретарей **Агаркова М. М.** и **Антропова И. А.**

II. Ученая дѣятельность Общества выразилась въ 5 засѣданіяхъ.

1) Первое изъ нихъ — 17 марта — было посвящено памяти дѣйствительнаго члена Общества **Александра Владиміровича Завадскаго**. Въ немъ были произнесены слѣдующія рѣчи:

Бар. **А. А. Симолинъ**, «А. Вл. Завадскій какъ ученый и общественный дѣятель».

И. А. Антроповъ, «А. Вл. Завадскій какъ учитель права и правды».

Н. А. Васильевъ, «А. Вл. Завадскій какъ личность».

На этомъ засѣданіи присутствовало 30 членовъ Общества и 60 гостей.

2) Второе засѣданіе — 19 сентября, на которомъ присутствовало 15 членовъ Общества и 21 гость, было посвящено заслушанію и обсужденію доклада **Ю. Н. Фармаковскаго**, «Опасное состояніе личности въ уголовномъ правѣ».

3) Въ третьемъ засѣданіи — 10 октября, въ присутствіи 23 членовъ и 20 гостей, былъ заслушанъ и обсужденъ докладъ **М. М. Агаркова**, «Нѣсколько замѣчаній къ вопросу о толкованіи ст. 103¹ и ст. 106¹ т. X ч. I Св. Зак.

4) Въ четвертомъ — 14 ноября, въ присутствіи 20 членовъ и 15 гостей, — докладъ **Вл. Ант. Ульяницкаго**, «О нейтралитетѣ», и

5) Въ пятомъ — 12 декабря, въ присутствіи 19 членовъ и 7 гостей, — докладъ **Вл. И. Вегера**, «О сходствѣ товарныхъ знаковъ (ст. 1357—1 Ул. о Нак.».

Протоколы объ этихъ засѣданіяхъ будутъ напечатаны, по примѣру прошлыхъ лѣтъ, въ «Юридическомъ Вѣстникѣ».

III. Въ засѣданіи 17 марта за 1915 г. Юридическое Общество постановило издать на свои средства сборникъ статей по цивилистикѣ «Памяти Александра Владиміровича Завадскаго.» Во исполненіе этого постановленія Правленіе Общества заключило съ типографіей Харитоновой соотвѣтствующій договоръ.

Председатель **А. Симолинъ**.

Секретарь **М. Агарковъ**.

Протоколъ засѣданія Юридическаго Общества при Императорскомъ Казанскомъ университетѣ 17 марта 1915 года.

Засѣданіе открыто въ 8¹/₂ ч. вечера въ присутствіи слѣдующихъ 28 членовъ Общества: **М. М. Агаркова**, **А. Г. Батъ**, **А. Я. Бродскаго**, **Б. Е. Будде**, **В. И. Вегеръ**, **О. А. Вегеръ**, **М. С. Венеціанова**, **К. Г. Горнштейна**, **В. П. Доманжо**, **Г. Д. Екатерининскаго**, **И. И. Зедерштедтъ**, **Б. П. Иванова**, **В. Ф. Иванова**, **Ш. Х. Иманаева**, **Б. Я. Капланъ**, **Г. Ю. Манисъ**, **В. Ф. Матвѣева**, **Н. И. Миролюбова**, **П. А. Никольскаго**, **А. А. Овчинникова**, **А. А. Шонтковскаго**, **Р. Я. Ротенбергъ**, бар. **А. А. Симолина**, **В. Н. Соколова**, **В. Э. Таначева**, **Н. А. Тимоеева**, **Ю. Н. Фармаковскаго**, **М. М. Хвостова** и 60 гостей.

Председательствуетъ **Н. И. Миролюбовъ**.

Выбраны въ дѣйствительные члены **И. А. Антроповъ** и въ члены-сореференты **Н. А. Васильевъ**.

Открытая часть засѣданія была посвящена рѣчамъ памяти **А. В. Завадскаго**.

Рѣчи произносили: Бар. **А. А. Симолинъ**, «А. В. Завадскій какъ ученый и общественный дѣятель»; **И. А. Антроповъ**, «А. В. Завадскій какъ учитель права и правды»; **Н. А. Васильевъ**, «А. В. Завадскій какъ человекъ».

(Рѣчь бар. А. А. Симолина напечатана въ «Ученыхъ Запискахъ Импер. Казанскаго университета» за 1915, № 4, и отдѣльнымъ изданіемъ; рѣчи Н. А. Васильева и И. А. Антропова будутъ напечатаны: 1-го въ «Сборникъ памяти А. В. Завадскаго», 2-го — отдѣльнымъ изданіемъ).

По уходѣ гостей въ закрытой части засѣданія, послѣ заявленія Н. И. Миролюбовымъ отказа отъ своей кандидатуры въ члены правленія, были произведены выборы правленія Общества на 1915 г.

Избраны: председателемъ бар. А. А. Симолинъ, товарищемъ председателя — В. П. Доманжо, секретарями: М. М. Агарковъ и И. А. Антроповъ, кавнаеомъ — К. Г. Горнштейнъ. Членами ревизіонной комиссіи: А. Г. Бать, М. С. Венеціановъ и Н. И. Миролюбовъ.

По вопросу о «Сборникѣ памяти А. В. Завадскаго» постановлено:

1) Издавать Сборникъ отъ имени и на средства Юридическаго Общества, сходя на это изданіе всѣ его наличныя средства.

2) Сдѣлать Сборникъ сборникомъ статей по гражданскому праву и процессу и праву торговому.

3) Уполномочить правленіе: 1) озаботиться собираніемъ статей и 2) заведывать дѣломъ его изданія.

Засѣданіе закрыто въ 11 часовъ 55 минутъ.

Председатель Н. И. Миролюбовъ.

Секретарь В. Доманжо.

Протоколъ засѣданія Казанскаго Юридическаго общества 19 сентября 1915 года.

Засѣданіе было открыто председателемъ бар. А. А. Симолинымъ въ 8 час. 30 мин. вечера въ присутствіи членовъ Общества: М. М. Агаркова, А. Б. Бать, В. И. Вегеръ, М. С. Венеціанова, В. Н. Доманжо, И. И. Зедерштедтъ, В. Ф. Иванова, Ш.-А. Х. Иманаева, В. В. Крылова, Г. Ю. Маннсъ, В. Ф. Матвѣева, Н. И. Миролюбова, Ю. Н. Фармаковского и постороннихъ посѣтителей.

Слово было предоставлено председателемъ Ю. Н. Фармаковскому, который прочиталъ докладъ: «Опасное состояніе личности въ уголовномъ правѣ».

Докладчикъ развивалъ слѣдующія положенія:

Понятіе опаснаго состоянія личности въ уголовномъ правѣ съ естественной необходимостью выросло на почвѣ изученія личности совершителя преступнаго дѣянія.

Понятіе опаснаго состоянія не чуждо современнымъ уголовнымъ кодексамъ, но здѣсь опасность въ большинствѣ случаевъ учитывается только какъ свойство того или иного преступнаго дѣйствія.

Всякое преступленіе есть результатъ неприспособленности индивида къ существующему въ данной странѣ и въ данное время правопорядку.

Съ развитіемъ чувства законности и правовой воспитанности мотивация подчиненія закону изъ-за страха передъ карой смѣняется чувствомъ правового долга подчиненія въ высшихъ интересахъ правовой дисциплины.

Превалирующее значеніе при опредѣленіи мѣръ государственнаго реагирования на акты нарушеній уголовныхъ нормъ переходитъ отъ объективнаго понятія соціальной способности преступнаго дѣянія къ субъективному моменту опасности отъ даннаго совершеннаго дѣянія. Не только теоретическія предпосылки, но и практическая необходимость заставляють уголовно-пра-

вовую науку вопросъ объ опасномъ состояніи сдѣлать въ настоящее время центральной темой своихъ дебатовъ. Понятіе опасности личности вовсе не является категоріей только уголовного права. На учетъ степени личной опасности походятъ цѣлый рядъ мѣропріятій гражданскаго и административнаго права. Опаснымъ индивидуумомъ въ уголовно-правовомъ смыслѣ является всякій индивидуумъ, личныя свойства котораго или въ силу психо-физическихъ данныхъ, или въ силу тѣхъ или иныхъ привычекъ, наклонностей, создавшихся подъ вліяніемъ жизненныхъ условий, предрасполагаютъ его къ совершенію въ будущемъ преступнаго акта. Изъ данной постановки вопроса можно сдѣлать логически одинъ выводъ — необходимость принятія государственной властью мѣръ социальнаго обезпеченія въ отношеніи лицъ опасныхъ, независимо отъ совершенія ими преступнаго дѣйствія. Такія мѣры спеціальнаго обезпеченія должны быть выработаны наукой административнаго права.

Между наказаніемъ и мѣрами социальнаго охраны существуетъ принципиальное различіе. Первое — социально-этическая оцѣнка содѣяннаго по мѣрѣ вины содѣявшаго, тогда какъ мѣры социальнаго защиты имѣютъ въ виду предупрежденіе возможности въ будущемъ преступныхъ дѣйствій. Замѣна понятія наказанія мѣрами социальнаго защиты при современныхъ условіяхъ правопорядка представляется нецѣлесообразной. Явленіями рецидива, профессиональной (привычной) преступности, дѣйствіями такъ называемыми уменьшенно-вмѣняемыми нельзя покрыть все понятіе преступности. Оставленіе безъ мѣръ социальнаго реагированія въ видѣ наказанія нѣкоторыхъ категорій преступниковъ, по личности собственно неопасныхъ, крайне опасно въ социально-педагогическомъ отношеніи.

Не уничтожая понятія преступления и наказанія опасному состоянію слѣдуетъ отвести роль дополнительнаго момента при примѣненіи мѣръ государственнаго реагированія на дѣянія, при чемъ это опасное состояніе должно вылиться въ какомъ-либо преступномъ актѣ. Принимая во вниманіе всю относительность правовыхъ нормъ, можно говорить только объ объективныхъ признакахъ опасности, точно указанныхъ въ законѣ, послѣ надлежащаго изученія личности, а не объ опасности человѣка вообще, какъ о какой-то разновидности *hominis sapientis*. Необходимо расширение медицинской и установленіе психологической экспертизъ какъ на судебномъ слѣдствіи, такъ и въ стадіи предварительнаго слѣдствія. При наличности указанныхъ въ законѣ признаковъ судъ, по своей инициативѣ или по ходотайству сторонъ, можетъ, но не обязанъ поставить дополнительный вопросъ объ опасности по выслушаніи заключенія прокурора и миѣнія защитника. Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта объ опасности суду предоставляется выбрать сообразно индивидуальности случая уголовное наказаніе или нормальное, или увеличивъ его на надлежащее количество степеней, или дополнить наказаніе мѣрами социальнаго обезпеченія, или, не назначая наказанія, замѣнить его отбываніемъ въ спеціальному заведеніи исправленія или элиминированія. Въ дальнѣйшей стадіи «опасный» индивидуумъ находится въ вѣдѣніи особой комиссіи и по исполненію приговора уголовного суда, въ составѣ лицъ, приблизительно перечисленныхъ въ ст. 7 Закона 22 іюля 1909 г. объ уголовномъ досрочномъ освобожденіи.

Послѣ доклада возникли оживленныя пренія.

В. Ф. Ивановъ заявляетъ, что онъ принципиальный противникъ самой постановки вопроса объ опасномъ состояніи личности въ уголовномъ правѣ, такъ какъ мѣры социальнаго защиты являются посягательствомъ на личную

свободу. Опасность ихъ особенно велика тамъ, гдѣ административное усмотрѣніе не введено въ надлежащія правовыя рамки. Мѣры соціальной защиты знакомы нашему Уставу о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, и достаточно извѣстно, къ какимъ они приводятъ злоупотребленіямъ. Невозможно дать гарантій, которыя позволили бы ввести понятіе опаснаго состоянія въ уголовное законодательство безъ риска для индивидуальной свободы. Не дасть этихъ гарантій и система перечисленія признаковъ, предлагаемая докладчикомъ. Слишкомъ споренъ самый вопросъ о классификаціи преступниковъ, чтобы можно было точно указать признаки опаснаго состоянія лица. Трудно было бы также создать органъ, разрѣшающій вопросъ объ опасномъ состояніи. Этотъ вопросъ нельзя предоставить администраціи, въ особенности у насъ въ Россіи; на судъ также можетъ быть произведено давленіе, поэтому нельзя слишкомъ расширять рамки судейскаго усмотрѣнія. Введеніе въ законодательство понятія опаснаго состоянія требовало бы коренной реформы и судоустройства и судопроизводства. Необходимость созданія специальныхъ учреждений, напр. больницъ для алкоголиковъ, можетъ повести къ неразрѣшимымъ финансовымъ затрудненіямъ. Въ Россіи лучше не ставить вопросъ объ опасности состоянія до раскрыпощенія личности и утвержденія правового порядка.

М. М. Хомяковъ полагаетъ, что признаніе мѣръ соціальной защиты — дѣло далекаго будущаго, когда эволюція уголовного дѣла дойдетъ до конца своего пути, — до полного сліянія всѣхъ мѣръ, принимаемыхъ противъ преступниковъ, съ мѣрами чисто воспитательными. Тогда не будетъ преступленія и наказанія, а опасное состояніе и мѣры защиты.

Г. Ю. Маннсъ считаетъ постановку вопроса весьма своевременной, но указываетъ, что докладчикъ, отрицая самостоятельное значеніе за понятіемъ опаснаго состоянія и придавая ему лишь дополнительную роль, откидываетъ всю проблему далеко назадъ. Въ настоящее время вопросъ ставится не объ опасномъ состояніи, какъ признакъ, который можетъ быть характеренъ для автора виновнаго дѣянія, а объ объективной опасности субъекта.

Ш.-А. Х. Имапаевъ полагаетъ, что докладчикъ слишкомъ много мѣста удѣлилъ чисто теоретическимъ соображеніямъ и не остановился на практическихъ вопросахъ, неизбежно связанныхъ съ введеніемъ новаго понятія въ уголовное право.

Ю. Н. Фармаковскій, возражая оппонентамъ, указалъ, что онъ не считаетъ возможнымъ вводить понятіе опаснаго состоянія въ русское законодательство при современномъ состояніи нашихъ административныхъ и судебныхъ порядковъ. Задача доклада заключалась въ теоретическомъ обоснованіи института и указаній возможныхъ границъ его дѣйствія, при коихъ онъ вполне совмѣстимъ съ индивидуальной свободой. При надлежащемъ изученіи личности и среды, въ которой она живетъ, возможность злоупотребленій исключается. Съ понятіемъ опаснаго состоянія приходится уже оперировать въ повседневной жизни при всестороннемъ изученіи вопроса его можно превратить въ юридически опредѣленный принципъ законодательства. Политическія и религіозныя преступленія не должны войти въ тотъ кругъ преступныхъ дѣяній, въ отношеніи которыхъ можно говорить о примѣненіи мѣръ соціальной защиты. Поэтому опасенія **В. Ф. Иванова** неосновательны. **Г. Ю. Маннсъ** несомнѣнно слишкомъ далеко заходитъ въ сторону ограниченія индивидуальной свободы и отбѣны тѣхъ гарантій, которыя осуществляются благодаря твердости понятій преступленія и наказанія. Докладчикъ согласенъ съ

М. М. Хомяковымъ въ томъ, что въ далекомъ будущемъ мѣры социальнаго защиты совершенно сольются съ наказаніемъ. Но въ настоящее время это было бы нежелательно.

М. М. Агарковъ замѣчаетъ, что административный органъ для опредѣленія опаснаго состоянія, члены котораго будутъ пользоваться несмѣнностью и независимостью, ничѣмъ существеннымъ отъ суда не отличается.

Бар. А. А. Симолинъ полагаетъ, что введеніе въ законодательство понятія опаснаго состоянія дастъ лишнее оружіе имущимъ классамъ населенія въ ихъ борьбѣ съ неимущими. Не только съ точки зрѣнія нашего общественнаго строя, но даже и въ правовомъ государствѣ рабочаго очень часто можно счесть социально-опаснымъ. Не такимъ ли будетъ во взглядахъ господствующихъ классовъ забастовщикъ? Гдѣ гарантія, что судъ не сочтетъ его тунеядцемъ? Поэтому надо признать мѣры, предлагаемыя докладчикомъ, нежелательными.

В. И. Вегеръ полагаетъ, что вопросъ объ опасномъ состояніи не долженъ быть поставленъ въ узкой сферѣ уголовного права. Опасное состояніе есть плохое состояніе задерживающихъ центровъ. Указаніе докладчика на рецидивъ, какъ на признакъ опаснаго состоянія, неосновательно. Рецидивъ есть понятіе чисто формальное и не всегда оно можетъ служить критеріемъ опаснаго состоянія. Съ другой стороны психо-физиологическая наука въ современномъ своемъ состояніи такого критерія указывать не можетъ. Тунеядство въ смыслѣ уголовномъ точно такъ же не характерно для опаснаго состоянія. Съ социально-экономической точки зрѣнія лица, принадлежащія къ имущимъ классамъ, — тунеядцы. Проблема опаснаго состоянія выходитъ изъ сферы уголовного права. Последняя цѣлкомъ характеризуется понятіями преступленія и наказанія.

Ю. Н. Фармаковский, возражая бар. А. А. Симолину, указываетъ, что и въ правовомъ государствѣ могутъ быть злоупотребленія. Но при введеніи понятія опаснаго состоянія въ законодательство можно оговорить, что оно не распространяется на опредѣленные случаи — политическія и религіозныя преступленія, забастовки и т. д.

Докладчикъ не можетъ также согласиться съ **В. И. Вегеромъ**. Однако вопросъ о признакахъ опаснаго состоянія, конечно, еще недостаточно разработанъ и ждетъ дальнѣйшихъ изслѣдованій.

М. М. Агаркову докладчикъ указываетъ, что совершенно несущественно, называть ли органъ судебнымъ или административнымъ, разъ только осуществлены гарантіи судебной независимости.

Н. И. Мирюлюбовъ, присоединяясь къ докладчику, полагаетъ, что современные уголовные и процессуальные кодексы не даютъ больше гарантій личной свободы, чѣмъ система, предложенная въ докладѣ. Между тѣмъ современная уголовно-правовая система совершенно не гарантируетъ интересовъ общества (несовершенная дозировка наказанія при рецидивѣ). Она не приспособлена къ дѣйствительной карательной оцѣнкѣ преступныхъ дѣяній съ точки зрѣнія ихъ социального значенія и опасности. Въ будущемъ возможна структура судовъ, которая еще лучше гарантируетъ индивидуальную свободу, чѣмъ современный процессъ, построенный на принципахъ классической школы. Присоединяясь къ докладу, **Н. И. Мирюлюбовъ** считаетъ нужнымъ подчеркнуть, что введеніе института мѣръ судебной защиты въ Россіи въ настоящее время представляется невозможнымъ.

Послѣ окончанія преній и ухода постороннихъ посѣтителей собраніе переходитъ къ очереднымъ административнымъ дѣламъ.

По предложенію **Ю. Н. Фармаковского** и **М. М. Агаркова** избирается въ дѣйствительные члены Общества прис. пов. **В. Н. Ивановъ**.

По предложенію **М. С. Венеціанова** и **В. Ф. Иванова** избирается въ дѣйствительные члены **М. В. Виленикъ**.

По предложенію **В. П. Доманжо** и **М. М. Агаркова** избирается въ дѣйствительные члены пр.-доц. **В. Ф. Глушковъ**.

Предсѣдатель, бар. **А. А. Симолинь**, сообщаетъ, что согласно уставу въ число членовъ Общества вступаетъ профессоръ **С. П. Покровский**.

Предсѣдатель оглашаетъ заявленіе Казанской Губернской земской управы съ просьбой содѣйствія ея изслѣдованію о вліяніи запрещенія продажи спиртныхъ напитковъ на экономическій и нравственный бытъ Казанской губерніи.

П о с т а н о в л е н о: принять заявленіе управы къ свѣдѣнію.

Въ заключеніе предсѣдатель знакомитъ членовъ Общества съ положеніемъ дѣла изданія сборника памяти **А. В. Завадскаго**.

Предсѣдатель **А. Симолинь**.

Секретарь **М. Агарковъ**.

Протоколъ засѣданія Юридическаго общества при Императорскомъ Казанскомъ университетѣ 10 октября 1915 года.

Засѣданіе открыто въ 8 часовъ 15 минутъ вечера въ аудиторіи № 3 предсѣдателемъ бар. **А. А. Симолинымъ**.

Присутствуютъ слѣдующіе члены Общества: **М. М. Агарковъ**, **И. А. Антроповъ**, **А. Я. Бродскій**, **Б. Е. Будде**, **В. И. Вегеръ**, **М. С. Венеціановъ**, **В. Ф. Глушковъ**, **К. Г. Горинштейнъ**, **В. П. Доманжо**, **И. И. Зедерштедтъ**, **В. Ф. Ивановъ**, **Г. А. Исааковичъ**, **В. В. Крыловъ**, **Г. Ю. Манисъ**, **В. Ф. Матвѣевъ**, **Н. И. Миролюбовъ**, **А. А. Овчинниковъ**, **В. И. Огородниковъ**, **С. П. Покровский**, **В. А. Румянцевъ**, **Н. Ф. Стахѣевъ**, **Ю. Н. Фармаковский** и 20 гостей.

Въ публичной части засѣданія **М. М. Агарковымъ** было прочитано сообщеніе на тему: «Нѣсколько замѣчаній къ вопросу о толкованіи ст. 103¹ — и 106¹ т. X. ч. I Св. Зак.», напечатанное въ «Вѣстникѣ Права» 1915 г. №.

Докладчикъ защищалъ слѣдующіе тезисы:

1) Ст. 103¹ содержитъ какъ объективные поводы раздѣльнаго жительства супруговъ (душевная либо прилипчивая и отвратительная болѣзнь), такъ называемые субъективные, т.-е. основанные на винѣ одного изъ супруговъ (остальные поводы).

2) Специфическая болѣзнь жены является поводомъ раздѣльнаго жительства только при наличности виновнаго злоупотребленія правами со стороны мужа.

3) Зачетъ при смѣшанной винѣ супруговъ недопустимъ.

4) Освобожденіе мужа отъ обязанности содержать жену можетъ имѣть мѣсто только при наличности двухъ условій:

а) невозможность совмѣстной жизни для мужа по винѣ жены и

б) отсутствіе повода со стороны мужа.

5) Вопросъ о существованіи алиментарной обязанности можно при различныхъ комбинаціяхъ распределенія поводовъ между супругами разрѣшать на основаніи указаннаго въ п. 4 принципа.

По прочтеніи доклада были открыты пренія.

И. А. Антроповъ присоединяется къ 3 тексту докладчика. Не входя въ детальное разсмотрѣніе тезиса 4 и 5, оппонентъ замѣчаетъ лишь, что принципъ тезиса 4 едва ли въ силахъ разрѣшить всѣ случаи комбинацій поводовъ, напр., случай измѣны жены съ послѣдовавшимъ вслѣдствіе ея сумасшествіемъ мужа. Относительно тезиса 1 онъ возражаетъ лишь постольку, поскольку въ немъ подъ «остальными поводами» скрывается специфическая болѣзнь жены. Но со 2 тезисомъ докладчика **И. А. Антроповъ** рѣшительно и цѣликомъ не согласенъ. Докладчикъ, по мнѣнію оппонента, своимъ 2 тезисомъ присоединяется къ **И. Гессену**. Оппонентъ же, напротивъ, считаетъ истиннымъ взглядъ проф. **Попова**.

И. А. Антроповъ останавливается прежде всего на доводахъ докладчика.

1) Первымъ доводомъ докладчика оппонентъ считаетъ соображеніе, что условія, указанныя въ ст. 106¹, по самой идеѣ ея, должны находиться въ соотвѣтствіи съ поводами раздѣльнаго жительства, установленными въ ст. 103¹. Соглашаясь, что въ идеѣ это соотвѣтствіе должно было бы имѣть мѣсто, оппонентъ думаетъ, что для настоящаго закона можно доказать отсутствіе этого соотвѣтствія. Соотвѣтствіе это нарушается какъ разъ неупоминаніемъ въ ст. 106¹ о случаѣ конца 103¹, т.-е. о специфической болѣзни жены.

2) Другимъ доводомъ докладчика оппонентъ считаетъ указаніе на то, что если согласиться со взглядомъ проф. **Попова**, то станетъ совершенно неясно, почему законъ смотритъ на специфическую болѣзнь жены какъ на поводъ только для нея. Оппоненту же, напротивъ, представляется, что вопросъ о томъ, почему законъ сдѣлалъ специфическую болѣзнь поводомъ только для больной, можетъ быть наилучше разрѣшенъ какъ разъ только при взглядѣ на нее, какъ на особый самостоятельный поводъ. Именно потому она сдѣлана поводомъ только для жены, что какъ разъ жены — битыя, поруганныя, насилуемая жены — своими «бабыми стопами», такъ краснорѣчиво описанными въ нашей какъ общей, такъ и специально-юридической литературѣ, вопіяли о сейчашь совершившейся реформѣ. Что именно женскія муки играли роль, явствуетъ, по мнѣнію оппонента, и изъ мотивовъ къ проекту министра юстиціи (см. **Гессенъ** —) и также изъ практики комиссіи Его Императорскаго Величества по принятію прошеній, на Высочайшее Имя приносимыхъ. Законодатель, какъ явствуетъ изъ указанныхъ источниковъ, считалъ себя вынужденнымъ въ данномъ случаѣ спасать именно женъ. А это можно и должно было сдѣлать и сдѣлано, по мнѣнію оппонента, признаніемъ для жены ея специфической болѣзни самой по себѣ самостоятельнымъ поводомъ раздѣльнаго жительства. Фигура же мужа съ внутренней душевной борьбой страсти съ опасеніемъ за жену, которую рисовалъ докладчикъ, не носилась передъ взоромъ законодателя.

Наконецъ, въ-3-хъ, докладчикъ объявляетъ свое рѣшеніе вопроса «только справедливымъ». Оппонентъ прослѣживаетъ справедливость толкованія докладчика на примѣрѣ: женѣ **Х** докторъ строго запрещаетъ половыя сношенія изъ-за развившейся у ней женской болѣзни. Половое сношеніе, — предупреждаетъ докторъ, — можетъ повлечь смерть. Что же больной женщины говоритъ 2 тезисъ докладчика, кажущійся ему извлеченнымъ изъ закона. Онъ говоритъ: «Болѣзнь, запретъ доктора... нѣтъ этого недостаточно. Вотъ, если вашъ мужъ издержитъ ваши нервы «постепеннымъ упрашиваніемъ», или если Вы будете биты, или если вашъ мужъ, сумѣвъ подавить раздраженіе, не поборитъ страсти и нанасилуетъ васъ — вотъ только тогда вы въ правѣ уйти изъ его дома.» Оппоненту кажется непонятнымъ, какъ можетъ такое толкованіе докладчикъ считать «только справедливымъ».

Далѣ, оппоненту представляется, что докладчик своимъ толкованіемъ просто дерогировать конецъ ст. 103¹, такъ какъ при его толкованіи конецъ этотъ совершенно излишенъ.

Кромѣ того **И. А. Антроповъ** привелъ слѣдующіе положительные доводы за свое пониманіе закона:

Во-1) судя по мотивамъ, законодатель хотѣлъ выдѣлить специфическую болѣзнь жены въ особый самодовлѣющій юридически-релевантный фактъ, въ отношеніи возникновенія у жены права на установленіе раздѣльнаго жительства. Законодателямъ руководили при этомъ цѣли превенціи противъ тѣхъ антисоціальныхъ злостныхъ проявленій половыхъ и гнѣвныхъ эмоцій, описаніями которыхъ кишитъ исторія закона. Это желаніе законодателя создаетъ, по мнѣнію оппонента, презумпцію за толкованіе текста закона, данное не **Г. Гессеномъ**, которое защищаетъ докладчикъ, а проф. **Попова**, представляющееся правильнымъ оппоненту.

Во-2) это желаніе законодателя не осталось однимъ благимъ намѣреніемъ. Нѣтъ, оно нашло себѣ выраженіе въ самомъ текстѣ закона. Сз. 103¹, перечисливъ во второй части рядъ поводовъ раздѣльнаго жительства, продолжаетъ: «Сверхъ сего....» «Сверхъ сего» — значитъ и «сверхъ злоупотребленія принадлежащими мужу въ силу брака правами. «Сверхъ злоупотребленія, а не въ комбинаціи съ нимъ вотъ что гласитъ ст. 103¹, опровергая докладчика.

Далѣ, оппонентъ указываетъ, что ушедшая вслѣдствіе специфической болѣзни жена имѣетъ право на алименты и въ томъ случаѣ, когда уходъ ея состоялся при отсутствіи хотя бы самонаименѣйшаго злоупотребленія правами со стороны мужа. Оппоненту при этомъ представляется болѣе правильнымъ выводить это ея право на алименты не «распространительнымъ толкованіемъ» одного изъ пунктовъ первой части ст. 106¹, какъ это дѣлаетъ докладчикъ для своего пониманія конца 103¹ ст., а приѣмомъ *arg. a contrario* изъ второй части ст. 106¹. Именно, оппонентъ указываетъ, что относительно вопроса объ алиментарной обязанности къ ушедшей отъ мужа вслѣдствіе специфической болѣзни женѣ въ виду всѣхъ приведенныхъ имъ соображеній приходится допустить въ законѣ пробѣлъ. Этотъ пробѣлъ и слѣдуетъ восполнить *argumento a contrario* изъ конца ст. 106¹. Въ ст. 106¹ освобожденіе мужа отъ обязанности платить алименты связывается съ двумя признаками: невыносимостью 1) для мужа и 2) по винѣ жены. При специфической болѣзни жены о ея винѣ нѣтъ рѣчи, нѣтъ и невыносимости для мужа, а только невыносимость для жены. Безусловная неприложимость конца ст. 106¹ явствуетъ, по мнѣнію оппонента, съ наглядностью. Но такъ какъ мужъ обязанъ или не обязанъ платить алименты, то онъ и долженъ быть признанъ обязаннымъ платить.

Резюмируя, **И. А. Антроповъ** настаивалъ, что единственно вытекающимъ изъ закона является тезисъ, прямо противоположный тезису докладчика, — именно:

«Специфическая болѣзнь жены сама по себѣ является самодовлѣющимъ основаніемъ возникновенія у нея права на установленіе своимъ уходомъ раздѣльнаго жительства».

Докладчикъ, останавливаясь прежде всего на возраженіи оппонента противъ 4 тезиса, указываетъ, что въ XX вѣкѣ сумасшествіе мужей, вызванное только измѣной женѣ, едва ли столь распространено, чтобы съ нимъ надо было считаться законодателю. Кромѣ того толкованіе оппонента кажется докладчику едва ли цѣлесообразнымъ, такъ какъ оно создаетъ мотивъ для симуляціи сумасшествія. Помимо этого докладчикъ отмѣчаетъ, что

соображенія оппонента относительно 4 тезиса носят политико-правовой характер и, поэтому не является возражениями против догматических выводов.

Переходя къ разбору возражений И. А. Антропова против 2 тезиса, докладчикъ указываетъ, что онъ и самъ едва не поддався искушенію сослаться на мотивы закона, но не сдѣлалъ это въ интересахъ методологической выдержанности, такъ какъ является противникомъ толкованія закона при помощи мотивовъ, полагая, что необходимо отыскивать волю закона, а не волю законодателя. По существу же мотивы только подтверждаютъ мнѣніе, обоснованное въ докладѣ. Мотивы все время говорятъ о побояхъ, насиліяхъ, оскорбленіяхъ и такимъ образомъ съ несомнѣнностью свидѣлствуютъ о томъ, что специфическая болѣзнь жены сама по себѣ недостаточна для раздѣльнаго жительства, что она является поводомъ лишь при наличности злоупотребленія со стороны мужа. Такимъ злоупотребленіемъ, по мнѣнію докладчика, можетъ являться простая холодность въ отношеніяхъ между супругами, разъ только причина ея коренится въ болѣзни жены.

Обращаясь къ толкованію самаго текста закона, докладчикъ указываетъ, что оппонентъ предполагаетъ существованіе пробѣла въ 106¹ ст. и несоотвѣстствіе ея съ содержаніемъ ст. 103¹. На этихъ двухъ предпосылкахъ основаны сдѣланныя имъ возраженія. Между тѣмъ такой пріемъ толкованія является неправильнымъ. Ни пробѣлъ, ни противорѣчія въ законѣ предполагаться не должны. Если законъ можетъ быть истолкованъ послѣдовательно и безъ противорѣчія, то такое толкованіе должно быть признано правильнымъ. Оппонентъ, очевидно, становится на точку зрѣнія свободнаго толкованія, которую докладчикъ отвергаетъ.

Затѣмъ докладчикъ говоритъ, что совмѣстная жизнь «можетъ быть признана невыносимой» при специфической болѣзни жены. Оппонентъ совершенно не принялъ во вниманіе этихъ словъ 103¹ ст. При его толкованіи болѣзнь жены сама по себѣ достаточное основаніе для раздѣльнаго жительства. Но разъ мужъ не злоупотребляетъ своими правами, то нѣтъ невыносимости, — нѣтъ и повода для раздѣльнаго жительства. Конечъ ст. 103¹, вопреки утверженію И. А. Антропова, не только не является лишнимъ, но, наоборотъ, необходимъ, такъ какъ при наличности специфической болѣзни жены злоупотребленіемъ супружескимъ правомъ со стороны мужа будетъ такой актъ, который, не будь ея, былъ бы нормальнымъ и вполне законнымъ осуществленіемъ этого права.

Докладчикъ не можетъ также согласиться съ необходимостью толковать конецъ 106¹ ст. *arg. a contrario*. Этотъ пріемъ нуженъ тогда, когда законъ предусматриваетъ одинъ только возможный случай и молчитъ о другомъ. Ст. 106¹, какъ разъ наоборотъ, предусматриваетъ не только освобожденіе мужа отъ обязанности содержать жену, но и сохраненіе за нимъ этой обязанности.

Наконецъ, докладчикъ указываетъ, что оппонентъ все время ссылался на то, что мужья своихъ женъ бьютъ, истязаютъ, что жены стонутъ подъ ярмомъ мужа. Докладчикъ считаетъ эту картину для современной жизни односторонней. Въ ней слишкомъ сгущены краски. Битье мужемъ жены встрѣчается все рѣже и рѣже. Между тѣмъ, если принять точку зрѣнія И. А. Антропова, то необходимо признать, что больная жена можетъ требовать раздѣльнаго жительства даже тогда, когда мужъ ея не билъ, не истязалъ, не злоупотреблялъ своимъ правомъ въ грубой или легкой формѣ, а быть можетъ даже отнестся къ ней съ необходимой внимательностью и заботой. Идея превенціи совершенно чужда ст. 103¹, чужда она также и концу этой статьи. Раздѣльное жительство установлено закономъ 12 марта 1914 г. для тѣхъ

случаевъ, когда совмѣстная жизнь супруговъ сдѣлалась уже невыносимой, а не для предупрежденія еще только возможныхъ въ будущемъ злоупотребленій.

И. А. Антроповъ, соглашаясь, что конецъ ст. 103¹ можетъ по толкованію докладчика имѣть извѣстный смыслъ, полагаетъ, что за отпаденіемъ этого его довода все же остаются въ силѣ всѣ остальные изъ приведенныхъ имъ аргументовъ противъ толкованія докладчика.

Оппонентъ не считаетъ возраженіемъ по существу указаніе докладчика на возможность симуляціи сумасшествія.

Далѣе, оппонентъ полагаетъ, не вдаваясь въ чисто личныя побужденія, по которымъ докладчикъ не освѣтилъ вопроса съ точки зрѣнія мотивовъ, что если бы тотъ привелъ выдержки изъ нея, то онѣ слишкомъ наглядно говорили бы противъ его 2 тезиса: цѣль превенціи въ этихъ мѣстахъ мотивовъ ярко отмѣчена.

По поводу упрека въ сгущеніи красокъ при обрисовкѣ положенія женъ оппонентъ указываетъ, что онъ высказалъ не свое личное мнѣніе, а цитировалъ мотивы, чтобы извлечь изъ нихъ цѣль закона.

Но однако оппонентъ и самъ лично не согласенъ съ докладчикомъ, утверждающимъ, что битье женъ мужьями явленіе исключительное. Явленіе это, конечно, рѣдкая случайность для города, для интеллигентныхъ круговъ. Но въ деревнѣ — по мнѣнію И. А. Антропова — кулачная расправа мужей съ женами явленіе обычное. Нашимъ деревенскимъ мужикамъ запреты и предупрежденія докторовъ, къ которымъ еще далеко не всякая крестьянка пойдеть совѣтоваться о ея женской болѣзни, не говоритъ почти ничего. Мужья-крестьяне не обращаютъ вниманія на эти запреты. Отсюда по мнѣнію оппонента явствуетъ, что толкованіе докладчика, мало затрогивая женщинъ высшихъ круговъ, всею своею тяжестью ложится на женщину низшихъ классовъ народа, главнымъ образомъ на крестьянокъ. Между тѣмъ, какъ показываетъ исторія закона вопли именно крестьянки и были причиной включенія въ законъ конца ст. 103¹. И оппонентъ остается при убѣжденіи, что законъ далъ имъ надлежащую защиту, если его правильно понимать.

Наконецъ, оппонентъ указываетъ, что онъ не поборникъ идей свободной школы въ теоріи толкованія законовъ. Пробѣлъ въ законѣ онъ отнюдь не презюмировалъ, а старался усиленно доказать.

Докладчикъ указываетъ, что разъ споръ сводится къ спору о толкованіи мотивовъ и къ повторному ихъ цитированію, то онъ считаетъ возраженіе оппонента исчерпанными своими отвѣтами. Не считаетъ онъ также нужнымъ опровергать соображенія *de lege ferenda*.

К. Г. Горинштейнъ указываетъ, что докладчикъ считаетъ, что пробѣловъ въ законѣ не бываетъ. Пусть такова теорія. Законодательная же практика послѣднихъ лѣтъ свидѣтельствуетъ, что въ дѣйствительности законы часто имѣютъ пробѣлы. Такъ, напр., въ Казанскомъ же Юридическомъ обществѣ по докладу бар. А. А. Симолина обсуждался нѣсколько лѣтъ тому назадъ законъ о правѣ застройки. Въ немъ оказалось сколько угодно пробѣловъ. Также и въ ст. 106¹ т. X ч. I имѣется явный пробѣлъ. А потому правымъ **К. Г. Горинштейну** кажется не докладчикъ, а первый оппонентъ.

Докладчикъ напоминаетъ, что онъ не утверждаетъ, что пробѣловъ въ законѣ не бываетъ. Пробѣлы бываютъ, но они не должны презюмироваться. Доказательствъ пробѣла въ 106¹ ст. онъ не находитъ ни у перваго, ни у втораго изъ оппонентовъ.

В. И. Вегеръ упрекаетъ докладчика въ томъ, что тотъ обсуждаетъ зачетъ винъ при вопросахъ: 1) о раздѣльномъ жительствѣ и 2) объ алиментахъ не

отдѣльно, а вмѣстѣ. Между тѣмъ ихъ слѣдуетъ разсматривать порознь. Въ первомъ случаѣ центръ тяжести аргументаціи долженъ лежать въ указаніи не на вину, а на невыносимость. Во второмъ же, наоборотъ, именно въ винѣ, такъ какъ ст. 106¹ логическое удареніе дѣлаетъ именно на словахъ: «по винѣ жены». Нельзя, по мнѣнію оппонента, не упрекнуть докладчика и въ томъ, что онъ не отмѣтилъ своего отношенія къ ученію Сената о смѣшанной винѣ.

Докладчикъ отмѣчаетъ, что ученіе Сената о смѣшанной винѣ въ области вознагражденія за вредъ и убытки по основаніямъ, развитымъ въ докладѣ, не можетъ имѣть примѣненія въ данномъ случаѣ.

В. И. Вегеръ указываетъ, что его возраженія идутъ лишь противъ способа аргументаціи докладчика, которая бьетъ дальше цѣли. По вопросу о смѣшанной винѣ оппонентъ отмѣчаетъ, что Сенатъ имѣлъ о ней сужденіе и въ приложеніи къ интересующему сейчасъ предмету: этотъ взглядъ Сената извѣстенъ ему по его адвокатской практикѣ.

Докладчикъ заявляетъ, что, судя по официальнымъ и частнымъ изданіямъ рѣшеній Сената, нашъ высшій судъ не обсуждалъ вопроса о смѣшанной винѣ въ разбираемой имъ области.

В. И. Вегеръ замѣчаетъ, что въ окончательномъ выводѣ онъ сходится съ докладчикомъ. Ему хотѣлось указать лишь на неправильный методъ аргументаціи — ея чрезмѣрную громоздкость.

Бар. А. А. Симолинъ по вопросу о специфической болѣзни жены присоединяется къ взгляду докладчика. Онъ подчеркиваетъ, что пробѣла въ законѣ нѣтъ, такъ какъ путемъ логическаго толкованія можно въ данномъ случаѣ установить смыслъ закона. Далѣе бар. **А. А. Симолинъ** подчеркиваетъ, что ст. 103¹ такъ плохо редактирована, что въ ней почти каждый слѣдующій пунктъ поглощаетъ предыдущій, а отчасти и наоборотъ. Поэтому ему представляется неубѣдительнымъ указаніе **И. А. Антропова** на то, что толкованіе докладчика дѣлаетъ излишнимъ конецъ этой статьи. Иначе пришлось бы большую часть статьи признать ненужной. Бар. **А. А. Симолину** кажется, кромѣ того, весь споръ о 2 тезисѣ доклада, явившемся главнымъ предметомъ преній, лишеннымъ всякаго практическаго значенія. Въдѣ, во-1) весьма неправдоподобно утвержденіе **И. А. Антропова**, что женѣ, страдающей женской болѣзнью, въ наше время бѣгутъ, а во-2) и съ точки зрѣнія докладчика исполнѣ достаточно «одного холоднаго отношенія» мужа къ женѣ, чтобы признать наличность злоупотребленія имъ его правомъ. **И. А. Антроповъ** указывалъ еще, что законодатель имѣлъ въ виду цѣли превенціи, что онъ хотѣлъ предупредить возможность побоевъ и пр. Бар. **А. А. Симолину** представляется, напротивъ, весьма сомнительнымъ, чтобы нашъ русскій законодатель такъ ужъ слишкомъ заботился о женщинѣ. Сама же ст. 103¹ свидѣтельствуетъ о прямо противоположномъ. Въ ней говорится о явномъ злоупотребленіи, явномъ нарушеніи, жестокомъ обращеніи, тяжкихъ оскорбленіяхъ. Отсюда явствуетъ, что съ точки зрѣнія законодателя жену можно оскорблять, но не тяжко, можно злоупотреблять правами, но не явно. Гдѣ же здѣсь чрезмѣрность заботы законодателя о женщинѣ?

Пренія закончены. Предсѣдатель объявляетъ публичную часть засѣданія закрытой.

По уходѣ гостей, въ административной части засѣданія по рекомендаціи **М. И. Агаркова** и **И. А. Антропова** избирается единогласно въ дѣйствительные члены Общества **Леонидъ Карновичъ Медвѣдевъ**.

По вопросу объ изданіи сборника памяти А. В. Завадскаго единогласно рѣшено:

- 1) приступить теперь же къ печатанію сборника;
- 2) если для этой цѣли понадобится, то заложить имѣющуюся у Юридическаго общества на номинальную сумму 600 руб. Государственную ренту;
- 3) опредѣленіе цѣны и качества бумаги предоставить усмотрѣнію Правленія, и
- 4) открыть между членами Общества подписку на Сборникъ по цѣнѣ 3 руб. за экземпляръ.

Засѣданіе закрыто въ 10 час. 26 мин.

Предсѣдатель А. Симолинь.

Секретарь Ив. Антроповъ.

Протоколъ засѣданія Казанскаго Юридическаго общества 14 ноября 1915 года

Засѣданіе открыто предсѣдателемъ бар. А. А. Симолинымъ въ 8 час. 20 мин. вечера въ присутствіи членовъ Общества: М. М. Агаркова, Р. К. Акментынъ, И. А. Антропова, М. И. Бабаджанъ, С. А. Бернштейнъ, А. Я. Бродскаго, В. И. Вегеръ, М. С. Венеціанова, В. Ф. Глушкова, К. Г. Горнштейнъ, В. Ф. Иванова, М. А. Илговской, С. Н. Максудова, Н. И. Миролюбова, Г. Ю. Манисъ, Ю. Н. Фармаковскаго, М. М. Хомякова, В. А. Ульяницкаго и 15 постороннихъ посѣтителей.

Единогласно избирается членомъ-соревнователемъ Ю. П. Денике, послѣ чего въ публичной части засѣданія предсѣдателемъ слово предоставлено В. А. Ульяницкому, прочитавшему докладъ «О нейтралитетѣ».

Положеніе нейтральныхъ государствъ является крайне труднымъ. Въ случаѣ строгаго нейтралитета они подвергаются суровой критикѣ и давленію со стороны воюющихъ государствъ. Разсмотрѣніе положеній нейтральныхъ державъ въ современной войнѣ съ точки зрѣнія международнаго права составляетъ задачу доклада. Тема настолько широка, что придется остановиться только на нѣкоторыхъ вопросахъ. Нейтралитетъ государства заключается въ томъ, что ни прямымъ ни косвеннымъ образомъ оно не участвуетъ въ войнѣ. Цѣной этого воздержанія нейтральное государство приобретаетъ право на неприкосновенность и уваженіе со стороны воюющихъ державъ (право нейтралитета). Международное право имѣетъ въ виду мирное состояніе государствъ. Казалось бы, что это мирное состояніе и должно служить исходнымъ пунктомъ. Однако въ международномъ правѣ, какъ оно вытекаетъ изъ практики международныхъ отношеній, вопросъ стоитъ иначе. Въ виду неотвратимости войны международное право признаетъ справедливымъ примѣненіе насилія для обороны и нападенія, лишь регулируя ея примѣненія. При этомъ оно ставитъ себѣ двѣ задачи: 1) ограждать интересы нейтральныхъ государствъ въ томъ status quo, въ какомъ они достигнуты войной какъ въ ихъ отношеніяхъ между собой, такъ и къ воюющимъ державамъ; 2) видоизмѣнить ихъ отношенія къ воюющимъ, въ виду измѣнившихся условій (состояніе войны). Совокупность правилъ, регулирующихъ эти отношенія, составляетъ право нейтралитета. Оно вырабатывалось исторически. Полное сохраненіе торговыхъ и экономическихъ отношеній съ воюющими не всегда согласовалось съ интересами послѣднихъ, склонныхъ пользоваться дружескими услугами нейтральныхъ государствъ и стремящихся вмѣстѣ съ тѣмъ запретить имъ подобныя же услуги по отношенію къ врагу. Воюющіе тре-

бывали даже благожелательства къ себѣ, забывая, что такъ называемый благожелательный нейтралитетъ по отношенію къ одной изъ воюющихъ сторонъ будетъ неблагожелательнымъ другой. Съ другой стороны, воюющіе стремились къ подчиненію своему контролю торговли нейтральныхъ и даже къ полному ея прекращенію. Они кромѣ того стремились противодѣйствовать такой отрасли промышленности, которая могла подорвать въ будущемъ ихъ собственную торговлю. Всѣ заявленія къ нейтральнымъ о притязаніяхъ воюющіе строятъ на правѣ войны, т.-е. причиненія врагу всякаго ущерба и на обязанности нейтральныхъ не чинить этому препятствій, поскольку этимъ не затрагивается ихъ территорія. Современное положителное международное право позволяетъ поэтому считать подобныя требованія отчасти обоснованными, благодаря чему положеніе нейтральныхъ державъ дѣлается затруднительнымъ.

Экономическая конкуренція народовъ въ мирное время не есть проявленія враждебныхъ дѣйствій. Но во время войны воюющія стороны разсматриваютъ торговое сношеніе съ врагомъ какъ враждебное дѣйствіе. Современное международное право признаетъ въ морской войнѣ причиненіе экономического ущерба подданнымъ воюющей державой (блокада). Право нейтралитета санкціонировано и положительнымъ международнымъ правомъ. Пятая конвенція Гаагской конференціи 1907 г. признаетъ, что отраженіе силой со стороны нейтральнаго государства, посягательство на свой нейтралитетъ не есть враждебныя дѣйствія. Но этотъ принципъ примѣнимъ къ двухстороннимъ отношеніямъ, а нейтралитетъ есть трехстороннее отношеніе нейтральнаго государства къ каждому изъ воюющихъ. Такимъ образомъ, перенося ущербъ, оно наноситъ ущербъ другому воюющему. Поэтому логически немислимъ и юридически недопустимъ благожелательный нейтралитетъ, такъ какъ это отказъ отъ обязанности, наложенной международнымъ правомъ. Но этимъ нейтральное государство не составляетъ правонарушенія въ широкомъ смыслѣ слова. Однако благожелательство, сознательно оказываемое, нельзя не признать нарушеніемъ нейтралитета. Въ этомъ вопросѣ замѣчается существенная неустойчивость международной доктрины и практики. Господствующая юридическая конструкція нейтралитета страдаетъ не только непоследовательностью, но и неясностью основного исходнаго пункта — именно того, что должно имъ служить: права нейтральныхъ или права воюющихъ. Такъ какъ только въ мирное время государства стремятся къ конечной высшей цѣли международного права — установленнаго мира, то слѣдуетъ исходить именно изъ этого мирнаго состоянія. Отсюда ясно, что въ основу конструкціи института нейтралитета должны быть положены права нейтральныхъ государствъ. Между тѣмъ господствующая доктрина, признавая неизбежность войны въ настоящее время, дѣлаетъ отсюда выводъ, что воюющія пріобрѣтаютъ превалирующія права надъ правами нейтральныхъ государствъ, какъ бы компенсация за то, что они не смѣли мирнымъ путемъ осуществить свои цѣли.

Въ мирное время право самообороны никого не затрагиваетъ. Всякое безпричинное вооруженіе въ мирное время вызываетъ тревогу (соревнованіе вооруженія). Во время войны другое — это право находится въ состояніи фактическаго примѣненія обѣими воюющими сторонами. Но двухсторонность самообороны не мѣняетъ ихъ отношеній къ нейтральнымъ. Моментъ самообороны для конструкціи нейтралитета не имѣетъ никакого значенія. Право требовать невмѣшательства въ войну вытекаетъ изъ обязанности нейтральнаго въ силу нейтралитета. Нужна оговорка: поскольку дѣйствіе самого воюющаго

не нарушает интересы нейтральных государств. Но такая постановка проблемы привела бы к логикѣ понятій международного права. Прежде всего к отгнѣнѣ права блокады, поскольку этимъ ограничивается свобода торговли нейтральныхъ государствъ. Въ современномъ международномъ правѣ блокада основывается на правѣ воюющаго наносить вредъ противнику. Но, конечно, это не военное дѣйствіе. Военныя операціи ограничиваются захватомъ купеческихъ (нейтральныхъ и враждебныхъ) судовъ, нарушающихъ право блокады.

Кромѣ того слѣдуетъ ограничить право активнаго контроля за нейтральными государствами, которое, какъ показала настоящая война, приходитъ къ послѣдствіямъ, слишкомъ рѣзко расходящимся съ современнымъ правосознаніемъ.

Ю. П. Денике. Сперва частное замѣчаніе: отрицательный отвѣтъ докладчика относительно военного характера блокады торговаго порта. Докладчикъ исходитъ изъ понятія боевого характера военныхъ дѣйствій. Между тѣмъ современная война не локализована только на полѣ брани (теперь понятіе устарѣвшее), а и въ тыловой работѣ. Современная стратегія характеризуетъ задачи войны, какъ войны на уничтоженіе. Я перехожу изъ области юридической трактовки на почву практическую. Но это потому, что докладчикъ доказалъ юридическую независимость господствующаго теченія доктрины международного права. Но не потому ли такова тенденція господствующаго мнѣнія, что она стремится приспособиться къ фактамъ международной практики. Теоретически вытекающую несправедливость устранить можно (теорія докладчика), но можно ли устранить ее практически. Можно утверждать, что всѣ дѣятели, которымъ принадлежитъ руководящая роль въ политикѣ, исходятъ изъ того, что можно нарушать право во имя государственной необходимости. Обычно считаютъ наиболѣе яркимъ выразителемъ этой тенденціи Бисмарка, но оппонентъ считаетъ возможнымъ доказать, что и его политическій антиподъ (Гладстонъ) стоитъ на той же точкѣ зрѣнія. Въ самомъ началѣ войны возникаетъ вопросъ о нейтралитетѣ Бельгіи. Германія нисколько не поколебалась во имя государственной необходимости нарушить международный договоръ. Ссылками на рѣчи Гладстона, Бисмарка, Грея, Бетмана-Гольвига оппонентъ желаетъ установить тождество ихъ воззрѣній на превалирующее значеніе военной и государственной необходимости.

Въ мирное время международное право имѣетъ значеніе благотворительное. Но когда дѣло доходитъ до оружія, то его предписанія исполняются только въ второстепенныхъ случаяхъ. Вступая въ войну, современное государство ставитъ на карту самое свое существованіе, и поэтому трудно ожидать, что оно будетъ ставить что-либо выше государственной необходимости. Поэтому нейтральныя державы будутъ ориентироваться въ ту или другую сторону, сообразно съ фактическими обстоятельствами, и вопросъ о нейтралитетѣ рѣшается перевѣсомъ давленія. Между тѣмъ такой нейтралитетъ на нашихъ глазахъ мы въ настоящее время имѣемъ. Оппонентъ не хочетъ выступить противъ международного права, но онъ думаетъ, что дѣйствіе его ограничено мирнымъ временемъ, въ военное время оно имѣетъ очень ограниченное значеніе. Поэтому едва ли имѣетъ смыслъ самый вопросъ о правѣ нейтралитета.

Юридическая несостоятельность современной конструкціи вытекаетъ изъ фактическихъ обстоятельствъ.

Пока высшей инстанціей является государственный эгоизмъ, неосуществимо налагать правовыя ограниченія на войну въ современныхъ условіяхъ. Поэтому рассчитывать на осуществленіе идеаловъ докладчика можно только въ томъ случаѣ, когда жизнь приведетъ къ признанію принципа права. Тогда будутъ возможны и правильныя юридическія инструкціи въ международномъ правѣ.

Ульяницкій, В. А. Все возраженіе было направлено противъ существованія дѣйствительнаго международнаго права. Я ссылался на постановленія конференцій и статьи конвенцій. Они выражали послѣднее, къ чему пришло современное человѣчество въ этой области. У насъ различныя точки зрѣнія. Читая докладъ въ Юридическомъ обществѣ, я желалъ разсматривать вопросъ юридически. Всѣ государства признають въ принципѣ начала международнаго права. Это доказывается воплями, которые поднимаются по поводу нарушеній его. Въ мирное время на конференціяхъ представитель каждаго государства предполагаетъ же, что его государство можетъ оказаться или воюющимъ, или нейтральнымъ. Значить, эти постановленія дѣлаются въ расчетѣ на перемѣны. Только эти начала въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ недостаточно сознаются и нарушаются. Но все-таки сознание необходимости есть.

Мнѣ хочется разъяснить недоразумѣніе. Вы смотрите съ точки зрѣнія политической или житейской. Я смотрю съ точки зрѣнія юридической. Невѣрно, что современная война есть борьба на уничтоженіе, она есть борьба вооруженныхъ силъ двухъ государствъ (а не народовъ). Только съ этимъ согласна охрана частной собственности. Вѣдь и германцы не прямо грабятъ, а выдаютъ кви-танціи; сознание нарушенія есть и у нарушителя. Заявленіе, что война ведется не противъ народа, а противъ правительства враждебныхъ государствъ, обычно въ войнахъ XIX вѣка. Слѣдовательно, эта точка зрѣнія и практики.

Поэтому если война есть борьба вооруженныхъ силъ, то блокада не есть военное дѣйствіе.

Максудовъ С. Н. полагаетъ, что международное право въ объективномъ смыслѣ не существуетъ. Всякое право основывается на нравственности и на силѣ государствъ. Въ международномъ правѣ нѣтъ ни того ни другого. Конвенціи и деклараціи только выражаютъ преобладанія тѣхъ, которые захватнымъ правомъ уже закрѣпили за собой извѣстное благо. Гражданское право охраняетъ интересы всѣхъ, кого это право касается. Международное право, наоборотъ, только закрѣпляетъ привилегированное положеніе крупнаго государства. Международное право не существуетъ, есть только соглашеніе крупныхъ государствъ, обязывающее силой маленькихъ. Да и то они постоянно нарушаются.

Ульяницкій В. А. возражаетъ оппоненту, что основаніемъ права не является сила и гражданское право не основывается на нравственности и справедливости. Слѣдуетъ признать международное право существующимъ истиннымъ правомъ уже по одному тому, что сами отрицали его, постоянно жалуется на нарушеніе его нормъ. Докладчикъ различаетъ, во-первыхъ, право международное вообще и право международное положительное — законченное. Право основано на силѣ, но не на физической, а на силѣ общественной мнѣнія и нравственнаго убѣжденія.

Гориштейнъ К. Г. полагаетъ, что преимущества должны быть на сторонѣ воюющихъ. Мыслители, работавшіе надъ вопросомъ о нейтралитетѣ, не предвидѣли того, что теперь происходитъ. Въ то время, какъ воюющія истекаютъ кровью, нейтральныя государства торгуютъ своей помощью. Нельзя уважать такой нейтралитетъ, такъ какъ это значило бы поставить на карту самое существованіе государства.

Ульяницкій В. А., возражая К. Г. Гориштейну, указываетъ, что онъ дѣлаетъ ту же ошибку, что и господствующая доктрина. Онъ исходитъ изъ двухсторонности института нейтралитета. Но это безусловно невѣрно. Отношенія нейтралитета трехстороннія. Интересы, которой же изъ воюющихъ должны быть положены въ основу сужденія о притязаніяхъ нейтральныхъ.

Бар. **Симолинъ А. А.** полагаетъ, что всякое право основано на принужденіи; но даже если международное право не является правомъ, то оно можетъ стать таковымъ. Однимъ изъ необходимыхъ для этого элементовъ оно уже обладаетъ: это сознаніе противоправности. Даже германцы окончательно не порываютъ съ его нормами. Современное значеніе международнаго права заключается въ возбужденіи общественнаго протеста въ случаяхъ его нарушенія.

Максудовъ С. Н. полагаетъ, что возмущеніе и протестъ не доказываютъ объективнаго существованія международнаго права.

По уходѣ публики, въ закрытой части засѣданія предсѣдатель бар. **А. А. Симолинъ** докладываетъ:

1) что въ день юбилея почетнаго члена Общества **А. Ф. Кони** ему была послана поздравительная телеграмма;

2) что относительно печатанья сборника памяти **А. В. Завадскаго** правленіе договорилось съ типографіей, которая взялась печатать на своей бумагѣ за вознагражденіе въ размѣръ 35 руб. за печатный листъ;

3) что въ виду необходимыхъ расходовъ придется уменьшить число экземпляровъ до 400.

Собраніе постановляетъ: разрѣшить казначею въ случаѣ надобности продать ренту.

Предсѣдатель **А. Симолинъ.**

Секретари: **М. Агарковъ. Ив. Антроповъ.**

Протоколъ засѣданія Казанскаго Юридическаго общества 12 декабря 1915 года.

Засѣданіе открыто товарищемъ предсѣдателя **В. П. Доманжо** въ 8 ч. 20 мин. вечера въ присутствіи членовъ общества: **М. М. Агаркова, А. Г. Бать, С. А. Берштейнъ, В. И. Вегеръ, О. А. Вегеръ, М. С. Венеціанова, Г. Д. Екатериненскаго, В. Н. Иванова, В. Ф. Иванова, Д. А. Исаковича, Б. Я. Капланъ, Г. Ю. Маннсъ, Н. И. Миролюбова, Д. А. Персонъ, В. Э. Тапачева, Ю. Н. Фармаковскаго, членовъ-соревнователей Ю. П. Денике и А. Г. Муравьева** и 7 постороннихъ посѣтителей.

Предсѣдательствующій **В. П. Доманжо** сообщаетъ, что, согласно заявленію докладчика **В. И. Вегеръ**, стоящій первымъ въ повѣсткѣ засѣданія докладъ «О положеніи гражданскаго истца въ уголовномъ процессѣ» переносится на одно изъ слѣдующихъ засѣданій.

Собраніе переходитъ къ заслушанію доклада **В. И. Вегеръ**, «О сходствѣ товарныхъ знаковъ (ст. 1357¹ Улож. о Нак.)».

Докладчикъ развивалъ слѣдующія положенія: происхожденіе ст. 1357¹ даетъ наилучшій матеріалъ къ ея толкованію. Въ соображеніяхъ Министерства Финансовъ 15 марта 1895 г., за № 5939 по указанному вопросу говорится: «Судебная практика свидѣтельствуетъ о томъ, что поддѣлка, т. е. воспроизведеніе товарныхъ обозначеній съ цѣлью обмана въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ они засвидѣтельствованы Департаментомъ, представляется дѣяніемъ крайне рѣдкимъ. Судамъ постоянно приходится имѣть дѣло съ подражаніемъ товарныхъ знаковъ, которое, не подходя подъ понятіе подлога, представляется менѣе тяжкимъ поступкомъ». Предусмотрѣна не только поддѣлка, но и подражаніе чужимъ установленнымъ порядкомъ зарегистрированнымъ товарнымъ знакамъ. Этотъ смыслъ будущаго закона, затѣмъ изображеннаго въ ст. 1357¹ еще рѣзче подчеркнул Государственный Совѣтъ, мнѣніе коего Высочайше утверждено 26 февраля 1896 г. Какъ видно изъ журнала отъ 25 ноября 1895 г., Государственный Совѣтъ нашелъ: «Цѣль

закона — оградить исключительное право производителей и торговцев на пользование товарными знаками. Поэтому нѣтъ никакого основанія обусловливать примѣненіе его умысломъ обмана. Нѣтъ никакого основанія дѣлать различіе между подражаніемъ чужому товарному знаку и его поддѣлкой». Законъ равно караетъ два различныхъ случая: 1) такое воспроизведеніе и 2) сходственность. Термину «явно» нельзя придавать особаго значенія. Иначе второй случай — сходственность — слился бы съ первымъ такимъ воспроизведеніемъ, и тогда законъ оказался бы непредусматривающимъ именно тотъ поступокъ, карать который онъ призванъ. Умыселъ обмана или корысти, какъ сознательно отброшенный Государственнымъ Совѣтомъ, въ составѣ ст. 1357¹ отсутствуетъ. Нѣтъ въ немъ и намѣренія подражанія: необходима только объективная сходственность и знаніе существованія зарегистрированного сходственного товарнаго знака. Завѣдомость опредѣляется, какъ дѣйствительное знаніе; случайная сходственность закономъ не карается. При разрѣшеніи вопроса о сходственности, отбрасывая цвѣтъ и масштабъ согласно ст. 161¹ Уст. Пром., имѣетъ значеніе только рисунокъ, — тѣ части рисунка, которыя составляютъ его индивидуальныя особенности въ отличіе отъ другихъ рисунковъ. Покушеніе предусматривно, преслѣдовать его безцѣльно; если нѣтъ схода, нѣтъ и проступка. Ст. 1357¹ предусматриваетъ также воспроизведеніе во всѣхъ подробностяхъ, поддѣлку, и въ этой части всецѣло сливается съ ст. 1354 Ул. о наказ., сохранившейся по недосмотру. Въ заключеніе докладчикъ далъ характеристику сенатской практики по разбираемому вопросу и указалъ на ея скудость и неустойчивость.

Послѣ доклада открылись пренія.

В. Н. Ивановъ полагаетъ, что терминъ «сходственность» означаетъ болѣе или менѣе такое подражаніе, наличность котораго и является необходимымъ для примѣненія ст. 1357¹ Улож. о нак. При разсмотрѣніи подобныхъ дѣлъ экспертиза Департамента Торговли и Мануфактуръ недостаточна; необходима также экспертиза свѣдущаго лица, произведенная передъ судомъ.

В. И. Вегеръ считаетъ экспертизу Департамента достаточной. «Сходство» должно опредѣлиться впечатлѣніемъ суда. Изъ понятія права на товарный знакъ, какъ исключительнаго права, вытекаетъ, что мотивъ обмана, недобросовѣстность, а также причиненіе убытковъ не играютъ роли при разрѣшеніи вопроса о наказуемости.

Н. И. Миролюбовъ полагаетъ, что какъ по содержанію закона, такъ и по его мотивамъ необходимо требовать наличности умысла ввести въ заблужденіе. Это подтверждается также и мѣстонахожденіемъ статьи среди статей о подлогѣ.

В. И. Вегеръ считаетъ достаточнымъ знанія схода товарныхъ знаковъ. Умыселъ обмана излишенъ.

М. М. Агарковъ полагаетъ, что товарный знакъ имѣетъ цѣлью индивидуализировать происхожденіе товара. Поэтому критеріемъ для признанія нарушенія права на товарный знакъ должна быть возможность введенія въ заблужденіе потребителей. Одно только сходство безъ этой возможности юридически безразлично.

В. И. Вегеръ соглашается, что дѣло не въ абсолютной защитѣ самого рисунка. Однако этимъ его точка зрѣнія не исключается въ виду аналогіи между исключительными правами и правомъ собственности.

За прекращеніемъ списка ораторовъ **В. П. Доманжо** объявляетъ пренія законченными и закрываетъ собраніе.

Товарищъ Предсѣдателя **В. Доманжо**.

Секретарь **М. Агарковъ**.

Приложеніе II.

Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Импера- торскомъ Московскомъ университетѣ.

Журналъ общаго собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Москов- скомъ университетѣ.

Засѣданіе 5 марта 1915 г. Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ**.
Присутствовало 20 членовъ Общества.

Предсѣдатель сообщаетъ о смерти члена О-ва Арк. Вас. **Смирнова** и пред-
лагаетъ почтить его память вставаніемъ и возложить вѣнокъ.

Секретарь докладываетъ текущія дѣла.

Лубны-Герцыкъ читаетъ докладъ «О нормальной интенсивности земле-
дѣлія».

А. В. Чайновъ отмѣчаетъ противорѣчіе въ построеніи доклада. Доклад-
чикъ исходилъ изъ понятія изолированнаго государства, но разсматривалъ
данныя, относящіяся къ отдѣльнымъ конкретнымъ государствамъ. Между
тѣмъ какъ въ первомъ случаѣ переходъ къ интенсивнымъ системамъ хозяйства
«вынуждается» плотностью населенія, въ конкретной обстановкѣ частно-хозяй-
ственная точка зрѣнія заставляетъ останавливать интенсификацію на низкой
ступени.

Второе возраженіе направляется противъ агрономической формулировки
закона оптимума и закона убывающаго плодородія. Для экономической
формулировки законовъ нельзя ограничиваться разсмотрѣніемъ отдѣльныхъ
сельскохозяйственныхъ культуръ, но надо обращаться къ смѣнѣ системъ
хозяйства въ цѣломъ. Переходъ отъ экстенсивныхъ системъ къ интенсив-
нымъ происходитъ скачками. Нарушеніе оптимальнаго сочетанія факто-
ровъ при данной системѣ ведетъ къ быстрому паденію производительности,
постепенно затѣмъ повышающейся, но останавливающейся на болѣе низкомъ
уровнѣ новой системы.

П. П. Масловъ дѣлаетъ рядъ возраженій. Методологическая неправиль-
ность доклада заключается въ томъ, что, во 1-хъ, авторъ разсматриваетъ
изолированное національное хозяйство, хотя теперь уже развилось мировое
хозяйство и приходится учитывать значеніе таможенныхъ границъ; во 2-хъ,
авторъ не выяснилъ себѣ разницы между производительностью труда, оцѣни-
ваемого на деньги и въ продуктѣ. Въ земледѣліи наиболѣе производителенъ
трудъ при затратѣ его на данную площадь, приближающейся къ нулю, т.-е.

при дикомъ скотоводническомъ хозяйствѣ: въ Аргентинѣ, Западныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, въ Средне-Азіатской Россіи и т. д. Но если бы эту наиболѣе производительную систему хозяйства ввести, напр., въ Германіи или Бельгій, то получился бы ничтожный валовой продуктъ, т.-е. авторъ, будучи послѣдовательнымъ, приходитъ къ абсурду. Въ зерновомъ хозяйствѣ наиболѣе производителенъ трудъ въ Западныхъ Штатахъ Сѣв. Америки, гдѣ рабочий производитъ въ 9 разъ болѣе продуктовъ, чѣмъ въ Германіи. И въ добываніи зерна наиболѣе производительный трудъ даетъ минимумъ валового продукта съ данной площади земли. Очевидно докладчикъ не правъ. Каждой плотности населенія должна соответствовать опредѣленная интенсивность системы хозяйства, создаваемая спросомъ, т.-е. цѣной на продуктъ.

М. В. Абросимовъ отмѣчаетъ неопредѣленность понятій производительности земли и труда. Паденіе производительности труда въ сельскомъ хозяйствѣ можетъ сопровождаться повышеніемъ производительности въ промышленности и повышеніемъ общаго благосостоянія.

В. П. Милютинъ полагаетъ, что нельзя разсматривать сельское хозяйство изолированно отъ промышленности и взаимнаго перераспределенія силъ.

Докладчикъ, отвѣчая на возраженія **А. В. Чайнова**, указываетъ, что онъ разсматриваетъ міровое хозяйство какъ цѣлое, но въ то же время изолированное. Плотность населенія въ колоніальныхъ странахъ возрастаетъ слабо, и поэтому можно ее абстрагировать. Объ эволюціи системъ хозяйства докладчикъ не говоритъ, полагая, что сравненіе Америки и Германіи и есть сравненіе системъ. Понятіе оптимума формулировано по Эсену. Отвѣчая **П. П. Маслову**, докладчикъ указываетъ, что онъ имѣлъ въ виду именно чистый, а не валовой доходъ и что, дѣйствительно, съ частно-хозяйственной точки зрѣнія рациональными могутъ оказываться различныя степени производительности труда. **Г. Абросимову** и **Милютину** докладчикъ указываетъ, что попытка опредѣлить отношеніе между трудомъ промышленнымъ и сельскохозяйственнымъ имъ сдѣлана.

Предсѣдатель резюмируетъ пренія и отъ имени собранія благодарить докладчика.

В. Г. Громанъ дѣлаетъ выѣточное заявленіе о необходимости образованія коммисіи по изслѣдованію современной дороговизны. Война глубоко разстроила механизмъ обмѣна, принимаемыя мѣры усугубляютъ затруднительность положенія. Общество должно бросить свѣтъ на этотъ вопросъ. Рядъ московскихъ обществъ и учреждений, въ томъ числѣ Моск. о-во сельскаго хозяйства, Научный институтъ, Народный банкъ, Союзъ потреб. о-въ, техническое о-во, О-во имени **А. И. Чупрова** и др. могли бы дать группу компетентныхъ лицъ для разработки вопроса. Въ частности О-во имени **А. И. Чупрова** въ лицѣ настоящаго собранія могло бы высказаться за участіе въ подобной организаціи.

Предсѣдатель считаетъ необходимымъ выяснить, какая организація могла бы взять на себя инициативу въ этомъ вопросѣ.

С. Н. Прокоповичъ указываетъ на непреодолимые препятствія въ разрѣшеніи вопроса. Онъ слишкомъ великъ и не по средствамъ отдѣльной организаціи. Но путь коопераціи силъ, указанный **В. Г. Громаномъ**, быть можетъ дастъ правильный выходъ.

Собраніе высказываетъ принципиальное согласіе съ докладомъ **В. Г. Громана**.

Предсѣдатель Общества **Н. Каблуковъ**.
Секретарь **Л. Н. Литошенко**.

Журналъ общаго собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

Засѣданіе 11 апрѣля дня 1915 г. Предсѣдательствовалъ: **П. П. Масловъ.**

Д о л о ж е н о.

1. Резолюція комисіи по вопросамъ Земской статистики о производствѣ официальной общеперской переписи запасовъ продуктовъ массоваго питанія.

2. Докладъ **В. Г. Громана** объ основныхъ программныхъ и организаціонныхъ требованіяхъ при производствѣ такого рода переписи.

Послѣ преній, въ которыхъ принимали участіе **Г. И. Баскинъ, А. Е. Лосицкій** и др., собраніе единогласно вынесло слѣдующую резолюцію:

Признавая, что выясненіе запасовъ предметовъ массоваго питанія является безусловно необходимымъ для разрѣшенія всѣхъ вопросовъ, связанныхъ съ правильной организаціей хозяйства страны и обезпеченія населенія, общее собраніе О-ва имени А. И. Чупрова признаетъ крайне неотложнымъ учеть этихъ запасовъ. При этомъ собраніе находитъ, что единственнымъ способомъ разрѣшенія этой задачи является производство переписи запасовъ. По мнѣнію собранія такая перепись можетъ быть осуществлена общеперскимъ органомъ, состоящимъ изъ представителей вѣдомствъ, органовъ самоуправленія и ихъ вызванныхъ переживаемыми событіями союзовъ, а также представителей торгово-промышленныхъ организацій и кооперативовъ при непремѣнномъ участіи представителей научныхъ обществъ и общественныхъ организацій.

Регистрація должна быть произведена на мѣстахъ смѣшанными комиссіями, состоящими изъ представителей общественныхъ организацій, на возможно небольшихъ территорияхъ.

Регистраціоннымъ комиссіямъ должно быть предоставлено право опроса устнаго и письменнаго, право посѣщенія опрашиваемыхъ и осмотра запасовъ и вызова опрашиваемыхъ къ себѣ. Опрашиваемые должны быть предупреждены объ отвѣтственности за ложныя показанія.

П о с т а н о в л е н о.

Поручить Совѣту О-ва имени А. И. Чупрова возбудить соотвѣтствующее ходатайство и срочно чрезъ особую депутацію обратиться къ Главнымъ Комитетамъ Всероссійскаго Земскаго и Городскаго союзовъ съ просьбой возбудить передъ правительствомъ аналогичное ходатайство, и — въ виду крайней срочности и важности вопроса — также чрезъ особую депутацію.

Предсѣдатель **П. П. Масловъ.**

Секретарь **Н. Г. Пѣтуховъ.**

Журналъ общаго собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

Засѣданіе 12 ноября 1915 года. Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблукъ**. Присутствовало 20 членовъ Общества.

Д о л о ж е н о.

П о с т а н о в л е н о.

1. Предсѣдатель сообщилъ текстъ благодарить Рязанское о-во потребителей привѣтственной телеграммы, посланной Обществу имени А. И. Чупрова отъ Рязанскаго Общества потребителей въ день пятидесятилѣтія русской кооперации.

2. Предсѣдатель сообщилъ текстъ привѣтственной телеграммы, посланной имъ отъ имени Общества Вольно-Экономическому обществу въ день его 150-лѣтняго юбилея.

3. Статья Д. И. Рихтера о В. И. Покровскомъ.

По заслушаніи статьи предсѣдатель предложилъ почтить память В. И. Покровскаго и Ф. Ф. Эрисмана. Память скончавшихся была почтена вставаніемъ.

4. Докладъ В. П. Кардашева «Къ вопросу о мобилизаціи банковъ».

Послѣ доклада послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе члены О-ва **И. Г. Коганъ** и **А. А. Барановъ**.

И. Г. Коганъ соглашается со многими положеніями докладчика и считаетъ только нужнымъ сказать слѣдующее въ дополненіе. Прежде всего слѣдуетъ признать, что въ Россіи нѣтъ, строго говоря, банковской политики, также какъ нѣтъ и соответствующаго объединяющаго органа. Въ началѣ войны банки были мало подготовлены, тѣмъ болѣе что періодъ крупныхъ компаній (хлѣбной, сахарной, хлопковой) еще не наступалъ. Первые моменты войны въ связи съ этимъ были несомнѣнно тяжелы, но тѣмъ не менѣе и въ эти моменты не наблюдалось той паники и той напряженности, какъ въ другихъ, даже нейтральныхъ странахъ. Государственный банкъ широко пошелъ навстрѣчу частнымъ банкамъ, не стѣсняясь формальностями и установленными рамками кредита. Тяжелый моментъ наступилъ позже въ связи съ колебаніями валюты, нарушеніемъ кредита со стороны союзныхъ странъ и несмотря на мѣры, принятые Государственнымъ банкомъ и Министерствомъ финансовъ. Этотъ періодъ былъ связанъ съ сокращеніемъ активныхъ операцій со стороны банковъ. Однако, вслѣдъ затѣмъ, эти активныя операціи благодаря общему спокойствію вкладчиковъ возобновились въ формѣ: а) финансированія правительства — путемъ размѣщенія займовъ, в) финансированія предпріятій, работающихъ на армію, и с) операцій по продовольствованію арміи и населенія. Относительно первыхъ операцій слѣдуетъ замѣтить, что никогда еще внутренніе займы не производились въ подобномъ масштабѣ (до 3 милліард. руб.), особенно если принять во вниманіе одновременный выпускъ серій и 5% билетовъ Гос. Казначейства. При этомъ надо имѣть въ виду, что займы на всегда удастся фактически размѣстить въ публикѣ полностью и часть ихъ банки должны покрыть изъ собственныхъ средствъ. Въ операціяхъ второго рода банки участвуютъ или выдавая гарантійныя письма

поставщикамъ и тѣмъ самымъ косвенно принимая участіе въ поставкахъ, или непосредственно способствуя работѣ крупныхъ предпріятій, заготовляющихъ необходимые предметы для арміи (Сормовскій и Путиловскій заводы). Операции третьяго рода, въ частности хлѣбныя, представили, начиная съ момента закрытія Дарданеллъ, не мало трудностей для банковъ въ связи съ неудачной политикой Управленія земледѣлія и землеустройства и фиксаціей цѣнъ въ отдѣльныхъ районахъ, когда банкамъ пришлось немало потерять на ссудныхъ операціяхъ. Банки обвиняются въ содѣйствіи спекуляціи — можетъ быть, въ этомъ есть доля правды. Но если ссудныя операціи и могутъ способствовать спекуляціи, то, съ другой стороны, безъ нихъ не можетъ обойтись ни одна крупная продовольственная кампанія. И неполное обезпеченіе населенія продовольствіемъ связано не только съ недостаткомъ вагоновъ, но и съ отсутствіемъ ссудъ со стороны банковъ. Помощь земствъ и кооперативовъ не можетъ ихъ возмѣстить. Сами банки не держатъ товарныхъ запасовъ; и не въ ихъ власти контролировать, какъ то можетъ дѣлать военная или административная власть, употребленіе товаровъ торговцами, ихъ задержаніе или выпускъ на рынокъ, если даже подъ нихъ и выданы ссуды.

Все же, несмотря на отсутствіе широкой банковской политики, надо признать, что наши банки, какъ и наша промышленность, хорошо справились съ затрудненіями военнаго времени. Дисконтъ не повышался чрезмѣрно сравнительно съ иностранными рынками, кредитъ не испыталъ крупныхъ потрясеній и скорѣе не хватало матеріала для учета. Возникновеніе новыхъ предпріятій иногда нѣсколько затруднялось, но слишкомъ часто лица, основывавшія предпріятія, были вовсе неизвѣстны банкамъ. Несомнѣнно, что въ переживаемое время созданіе особаго Trust-банка, который бы равномерно распредѣлялъ рискъ финансированія, было бы весьма желательно. Съ другой стороны надо признать, что значительная помощь промышленности оказывается военнымъ вѣдомствомъ, которое широко, иногда даже слишкомъ широко, авансируетъ средства.

Работа банковъ послѣднее время хорошо оплачивается. Биржа это отмѣтила повышеніемъ цѣнъ банковыхъ акцій.

А. А. Барановъ считаетъ, что казна шла широко навстрѣчу потребностямъ промышленности въ области изготовленія предметовъ снаряженія войскъ. Несомнѣнно, что многое сдѣлано. Можно считать, что снабженіе арміи взрывчатыми веществами болѣе или менѣе обезпечено. Точно такъ же обезпечена заготовка снарядовъ благодаря достаточно развитой металлообрабатывающей промышленности, въ свою очередь обязанной своимъ развитіемъ тарифу 1891 г. и Менделѣеву. Теперь весь вопросъ въ увеличеніи производства пушекъ и ружей, что стоитъ въ тѣсной связи съ пониженіемъ пошлины на станки и что можетъ быть достигнуто расширеніемъ существующихъ заводовъ.

Послѣ сдѣланныхъ ему возраженій, докладчикъ выразилъ благодарность первому оппоненту за сдѣланныя имъ дополненія. На замѣчаніе **А. А. Баранова**, что для обороны страны нѣтъ надобности въ устройствѣ новыхъ предпріятій, указалъ на недостаточность только заводовъ взрывчатыхъ веществъ, ружейныхъ и пушечныхъ: необходимы заводы, изготовляющіе все нужное для современной войны — автомобили, повозки, предметы снаряженія, машины-станки и орудія. Къ развитію отечественнаго производства слѣдуетъ стремиться не при помощи повышенія покровительственныхъ пошлинъ, а путемъ усовершенствованій въ производствѣ какъ со стороны технической, такъ и со стороны экономической подъ вліяніемъ конкуренціи.

Журналъ общаго собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

Засѣданіе 28 ноября 1915 г. Предсѣдательствовалъ **Н. А. Каблуковъ**.
Присутствовало 23 члена Общества.

1. Заслушано сообщеніе **Н. А. Каблукова**, посвященное памяти скончавшагося статистика **Александра Александровича Русова**, и сообщеніе **И. А. Поплавскаго** о работахъ **А. А. Русова** въ области желѣзнодорожной статистики.

По предложенію предсѣдателя память покойнаго была почтена вставаніемъ.

2. Предсѣдатель Общества сообщилъ, что на его имя было прислано приглашеніе Отдѣломъ по устройству бѣженцевъ Земскаго и Городскаго союзовъ принять участіе въ совѣщаніи представителей мѣстныхъ Комитетовъ Земскаго и Городскаго союзовъ по вопросамъ регистраціи и отчетности.

3. Докладъ **П. П. Маслова**, «Дороговизна и распредѣленіе народнаго дохода». (См. выпускъ I Трудовъ Комиссіи по изученію современной дороговизны при обществѣ имени **А. И. Чупрова**.)

Послѣ доклада послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе члены Общества **В. А. Голгофскій**, **В. Ф. Тотоміанцъ**, **П. Н. Лепешинскій**, **П. И. Лубны-Герцыкъ**.

В. А. Голгофскій, соглашаясь съ большинствомъ положеній докладчика въ теоретической части доклада, считаетъ однако нужнымъ внести нѣсколько фактическихъ поправокъ. Такъ, докладчикъ говоритъ, что во второй періодъ повысились главнымъ образомъ основные предметы продовольствія, предметы же потребленія состоятельныхъ классовъ понизились. Но во многихъ случаяхъ это пониженіе было совершенно случайно, на примѣръ на яйца въ маѣ 1915 г. благодаря запозданію къ Пасхѣ; то же и для масла. Затѣмъ докладчикъ указываетъ на то, что во время войны образовалось превышеніе спроса надъ предложеніемъ для многихъ предметовъ продовольствія. Но вѣдь сократился и вывозъ изъ Россіи. Несоотвѣтствіе спроса и предложенія могло бы быть объяснено такимъ образомъ лишь увеличеніемъ потребленія со стороны недоѣдавшаго прежде населенія.

Трудно въ данную минуту ставить какой-либо прогнозъ на будущее. Можетъ быть, повысится непродовольственное потребленіе капиталовъ, но бывало, что послѣ войны замѣчалось и большое промышленное оживленіе. При такомъ оживленіи могли бы найти производительное примѣненіе и капиталы рантье-ровъ.

В. Ф. Тотоміанцъ считаетъ, что главной причиной дороговизны какъ до войны, такъ и въ настоящее время является относительная отсталость производства сельскохозяйственныхъ продуктовъ сравнительно съ ростомъ потребленія городского населенія, а теперь и арміи. Производство сельскохозяйственной промышленности за время войны сократилось, а между тѣмъ колоссальныя арміи требуютъ массу продуктовъ. Солдаты изъ крестьянъ, раньше не потреблявшіе мяса, теперь потребляютъ его больше, чѣмъ въ мирное время

городскіе жители. Одежды и прочихъ предметовъ потребляется въ настоящее время вчетверо больше, ибо на войскахъ одежда, обувь и прочее весьма быстро изнашиваются. Главной мѣрой борьбы съ дороговизной какъ теперь, такъ и послѣ войны явится кооперація, особенно производительная кооперація въ сельскомъ хозяйствѣ. Возможно созданіе широкаго кооперативнаго производства, которое въ сельскомъ хозяйствѣ, какъ не нуждающемся въ большихъ капиталахъ, имѣетъ всѣ шансы развитія въ Россіи. Это дастъ увеличеніе производства предметовъ первой необходимости и удержитъ дальнѣйшее повышеніе цѣнъ.

П. Н. Лепешинскій считаетъ, что послѣдствія настоящаго момента, характеризующагося необычайнымъ ростомъ цѣнъ на продукты труда, будутъ отчасти сказываться своими отрицательными сторонами и на промышленномъ капиталѣ, поскольку этотъ капиталъ будетъ выступать какъ потребитель. Поэтому нужно ожидать, что этого рода капиталъ выступитъ въ качествѣ антагониста противъ капитала непроизводительнаго.

Затѣмъ въ докладѣ не отмѣчено и то обстоятельство, что при паденіи бумажныхъ цѣнностей всѣ реальныя цѣнности соотвѣтственно повышаются за исключеніемъ рабочей силы, цѣна на которую въ такихъ случаяхъ относительно падаетъ. Поэтому борьба съ тяжелыми послѣдствіями войны, которыя могутъ принять форму концентраціи капиталовъ рантѣе и необычайной дороговизны жизни, имѣла бы наиболѣе дѣйствительный характеръ въ случаѣ роста организаціи трудовыхъ элементовъ общества, ибо только при наличности организованной борьбы труда съ капиталомъ можно будетъ ожидать существенныхъ успѣховъ въ дѣлѣ перераспределенія продуктовъ труда по возможности менѣе тягостно для трудовыхъ классовъ общества.

Д. І. Лубинъ-Герцыкъ полагаетъ, что П. П. Масловъ не имѣетъ достаточныхъ основаній утверждать, что сильное возрастаніе доходовъ земельныхъ собственниковъ и иныхъ общественныхъ группъ, извлекающихъ пользу изъ современнаго повышенія цѣнъ на товары, отнимая средства у обширныхъ классовъ потребителей, приводитъ къ непроизводительному расходованію перешедшихъ къ нимъ цѣнностей. Въ исторіи капитализація чаще всего происходила путемъ эксплуатаціи населенія немногочисленными группами. Повышеніе доходовъ какой-либо группы населенія передаетъ въ ея руки власть распоряжаться народнымъ трудомъ. Это можетъ происходить въ наше время или въ формѣ организаціи собственныхъ предпріятій, или посредствомъ приобрѣтенія правъ участія въ уже существующихъ, или, наконецъ, чрезъ посредничество кредитныхъ учреждений. Нѣтъ достаточныхъ основаній предполагать, что значительная часть доходовъ обогащающихся группъ населенія не будетъ затрачена именно въ этой формѣ. Дѣйствительно, мы наблюдаемъ въ настоящее время большое оживленіе какъ банковской, такъ и промышленной дѣятельности; потребности войны создаютъ огромный спросъ на всевозможные товары; повышеніе цѣнъ даетъ сильный толчокъ росту производства.

Нѣтъ также основаній опасаться катастрофическаго вліянія паденія цѣнности денегъ. Во время войны оно несомнѣнно произведетъ извѣстное перераспределеніе доходовъ, но послѣ войны потерпѣвшіе классы, надумать, найдутъ средства добиться болѣе равномернаго распределенія народнаго дохода. Извѣстные въ исторіи случаи обезцѣненія денегъ еще не создавали неисправимыхъ бѣдъ. Въ сущности для народнаго благосостоянія важны не столько цѣны товаровъ, сколько изобиліе послѣднихъ по расчету на

голову населенія. Такимъ образомъ повышеніе цѣнъ подъ вліяніемъ войны представляется оппоненту далеко не столь угрожающимъ интересамъ народнаго хозяйства, сколько то постоянное повышательное движеніе цѣнъ главнѣйшихъ жизненныхъ благъ, которое наблюдалось до войны и, вѣроятно, продолжится и послѣ ея прекращенія; здѣсь сказывается вліяніе иныхъ, болѣе общихъ причинъ. Вотъ это послѣднее повышательное движеніе товарныхъ цѣнъ дѣйствительно грозитъ большими бѣдами, если своевременно не будутъ изысканы средства противодѣйствія злу.

Въ отвѣтъ на сдѣланныя ему возраженія докладчикъ привелъ слѣдующіе доводы. Что касается цѣнъ на яйца и масло, то ихъ паденіе не случайно, такъ какъ цѣна взята за рядъ мѣсяцевъ. Кромѣ того можно взять и другіе предметы потребленія болѣе состоятельныхъ классовъ, напримѣръ — упавшія въ цѣнѣ телячьи кожи сравнительно съ сильно возросшими въ цѣнѣ бычачьими. Ростъ спроса обуславливается именно, съ одной стороны, потребностями арміи, съ другой стороны, хроническимъ недоѣданіемъ населенія. Въ связи съ этимъ, напримѣръ, пшеница не такъ поднялась въ цѣнѣ, какъ рожь. Несмотря на то, что доходъ вылетѣлъ въ форму ренты, все же производство будетъ развиваться. Но возможно, что капиталисты и земледѣльцы будутъ и въ дальнѣйшемъ, послѣ прекращенія войны, получать болѣе доходъ благодаря процентамъ, которые приносятъ капиталъ, помѣщенный въ облигаціи. Такой доходъ и такое помѣщеніе капиталовъ не влечетъ за собою роста производства. Что касается до роли кооперации, то несомнѣнно, что значеніе ея, особенно крупное въ періодъ спекуляціи, не исчезнетъ и послѣ. Но во всякомъ случаѣ В. Ф. Тотоміанцъ слишкомъ преувеличиваетъ значеніе кооперации и въ производствѣ сельскохозяйственныхъ продуктовъ, по крайней мѣрѣ при условіяхъ ея настоящаго развитія. Несомнѣнно, что борьба за перераспредѣленіе народнаго дохода можетъ вылиться въ форму борьбы труда и капитала. Но вытекающее отсюда повышеніе заработной платы не имѣетъ столь большого значенія, если подходить къ нему въ масштабѣ общенароднаго дохода. Въ этой плоскости огромное значеніе будутъ имѣть налоговые мѣры. Затѣмъ врядъ ли все равно, скапливается ли капиталъ въ рукахъ капиталистовъ или рантье? Есть вѣдь несомнѣнная разница, купить ли крестьянину сельскохозяйственную машину или облигацію займа, разница, которая характерна при противопоставленіи С.-А. С. Штатовъ и Франціи. Отсюда ясно, что скапливаніе капиталовъ въ видѣ ренты для народнаго хозяйства Россіи имѣетъ отрицательное значеніе. Ростъ ренты происходитъ въ ущербъ росту капиталовъ, занятыхъ въ производствѣ. Пессимизмъ докладчика станетъ понятнымъ, если представить себѣ 10 милліоновъ рабочихъ рукъ, вернувшихся съ войны и остающихся безъ работъ за недостаткомъ машинъ и сырья. Для Россіи открыта въ будущемъ широкая дорога, но немало трудностей лежитъ предъ тѣми, которые хотятъ къ ней пробиться.

По окончаніи преній предсѣдатель Н. А. Каблуковъ, указавъ на то, что докладъ далъ широкую картину перераспредѣленія народнаго дохода, предложилъ собранію благодарить докладчика, что и было единогласно принято.

Предсѣдатель **Н. Каблуковъ.**
Секретарь **Н. Пѣтуховъ.**

Журналъ общаго собранія Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

Засѣданіе 11 декабря 1915 года. Предсѣдательствовалъ: **Н. А. Каблукъ**. Присутствовалъ 21 членъ Общества.

1. Заслушанъ докладъ **М. А. Вунятяна**, «Основныя начала теоріи періодическихъ кризисовъ перепроизводства».

Послѣ доклада послѣдовали пренія, въ которыхъ приняли участіе **Д. Н. Иванцовъ**, **Н. Н. Шапошниковъ**, **М. В. Абросимовъ** и г. **Чалхушьянъ** (гость съ разрѣшенія предсѣдателя).

Передъ преніями докладчикъ заявилъ, что такъ какъ его докладъ представляетъ изъ себя краткое резюме его теоріи кризисовъ, изложенной имъ въ книгѣ «Экономическіе кризисы», то въ виду выраженнаго желанія со стороны оппонентовъ возраженія могутъ распространиться и на содержаніе его книги.

Д. Н. Иванцовъ, присоединяясь къ тезисамъ критической части доклада, находитъ его догматическую часть не вполне убѣдительною. Врядъ ли правъ докладчикъ, строя свою теорію конъюнктуры на законѣ Кинга: вѣдь эмпирически этотъ законъ для всей массы товаровъ отнюдь не установленъ, обосновать же его дедуктивно докладчику не удалось, ибо теорема Вебера-Фехнера, на которую онъ пытался опереться, имѣетъ въ виду явленія, черезчуръ далекія отъ міра рыночныхъ оцѣнокъ. Выводы, дѣлаемые докладчикомъ изъ постулированія закона Кинга — его разсужденія о социально-экономическихъ результатахъ періодической концентрации и диффузіи покупательной силы — то же врядъ ли безукоризнены. Докладчикъ не сумѣлъ доказать, что существуетъ опредѣленная связь между степенью концентрации покупательной силы и интенсивностью общественной капитализаціи. Пытаясь выяснить, почему въ началѣ подъема усиливается обращеніе излишковъ покупательной силы въ средства производства, онъ ссылается на чисто внѣшнія обстоятельства (урожай, новыя изобрѣтенія и т. д.), т.-е. покидаетъ путь теоретическаго анализа. Докладчикъ ошибается, утверждая, что періодическая смѣна концентрации и диффузіи покупательной силы сама по себѣ (независимо отъ перемѣнъ въ области производства) влечетъ то благопріятное, то неблагопріятное соотношеніе между спросомъ и предложеніемъ благъ низшаго порядка. Если проанализировать факты, сообщаемые докладчикомъ, то окажется, что перераспределеніе покупательной силы можетъ происходить съ измѣненіемъ конъюнктуры только въ предѣлахъ наиболѣе обеспеченныхъ слоевъ населенія, въ общемъ своемъ составѣ потребляющихъ приблизительно одинаково какъ при подъемѣ, такъ и во время депрессіи.

Н. Н. Шапошниковъ полагаетъ, что докладчикъ, примыкая къ старому взгляду, что причиной перепроизводства является обусловленное накопленіемъ сокращеніе потребления, долженъ былъ бы серьезно посчитаться съ выставленными противъ этого взгляда возраженіями. Однако докладчикъ какъ въ своей книгѣ, такъ и въ своемъ сообщеніи не далъ опроверженія ни точки зрѣнія Туганъ-Барановскаго, который утверждалъ, что расширеніе производства не зависитъ отъ расширенія потребления, ни точки зрѣнія тѣхъ представителей классической школы, которые полагали, что накопленіе капитала приводитъ не къ сокращенію, а только къ перемѣщенію потребления

Теорія рыноков школы Сэ неправильно понимается докладчикомъ. Невозможность общаго перепроизводства выводилась не изъ того, что цѣнность есть понятіе относительное, какъ утверждалъ докладчикъ, а изъ того, что товары въ конечномъ счетѣ обмѣниваются на товары и каждый вновь производимый товаръ создаетъ и новый спросъ.

Далѣе нельзя согласиться съ утверженіемъ докладчика, что общее паденіе цѣнъ товаровъ можетъ быть понято только съ точки зрѣнія теоріи предѣльной полезности. Если подобно докладчику исходить изъ постоянной цѣнности денегъ (см. «Экономическіе кризисы», стр. 120, 125, 127, гдѣ говорится, что при выясненіи причинъ періодическихъ колебаній цѣнъ можно игнорировать колебанія цѣнности денегъ), то и съ точки зрѣнія теоріи цѣнности классической школы возможно общее паденіе цѣнъ, какъ результатъ, напримѣръ, повышенія производительности труда. Классики, отрицая возможность общаго паденія цѣнъ, предполагали, что удешевленіе равномерно распространяется на всѣ товары, не исключая и товаръ-измѣритель цѣнности, а въ томъ случаѣ и съ точки зрѣнія теоріи предѣльной полезности никакого измѣненія цѣнъ произойти не можетъ. Докладчикъ усматриваетъ противоположность между этими двумя теоріями цѣнности тамъ, гдѣ никакой противоположности не существуетъ.

Какимъ образомъ можно заявлять себя сторонникомъ теоріи предѣльной полезности, даже конструировать особое понятіе субъективной общественной цѣнности, если отрицать подобно докладчику соизмѣримость нашихъ ощущеній (ст. 116)?

Что касается связи между цѣнами отдѣльныхъ товаровъ, то серьезнымъ упущеніемъ въ анализѣ докладчика является то, что онъ не останавливается на выясненіи той зависимости между цѣнами, которая проистекаетъ изъ того, что отдѣльные товары являются общимъ предметомъ расхода нашихъ покупательныхъ средствъ, тѣмъ болѣе что на это обстоятельство обращалъ вниманіе рядъ другихъ теоретиковъ кризисовъ. Если бы докладчикъ принялъ во вниманіе, что вздорожаніе одного товара уменьшаетъ средства, предназначенныя для покупки другихъ товаровъ, то врядъ ли можно было такъ категорически утверждать, что вздорожаніе одного товара влечетъ за собой вздорожаніе и другихъ товаровъ.

Интереснымъ и заслуживающимъ серьезнаго вниманія въ изслѣдованіи докладчика является опроверженіе взгляда Туганъ-Барановскаго на причины періодичности кризисовъ.

М. В. Абросимовъ считаетъ, что крупной и несомнѣнной заслугой докладчика является то, что онъ при построеніи теоріи конъюнктуры становится на почву современной теоріи цѣнности и цѣны. Но онъ вноситъ въ нее измѣненія и дополненія, въ цѣнности которыхъ позволительно сомнѣваться. Такъ онъ конструируетъ понятіе абсолютной и относительной общественной цѣнности. На самомъ дѣлѣ никакой общественной цѣнности не существуетъ, такъ какъ не существуетъ, въ нужномъ для М. А. Бунятяна смыслѣ, общества, какъ оцѣнивающаго субъекта. Тотъ комплексъ реальныхъ представленій, который имѣетъ въ виду докладчикъ, совершенно не корреспондируетъ этому понятію. Можно, правда, принять выраженіе «общественная цѣнность», какъ сокращенный и условный оборотъ рѣчи. Но эту условность нужно подчеркнуть и считаться съ нею при дальнѣйшихъ построеніяхъ, чего не дѣлаетъ докладчикъ. Впрочемъ «общественной цѣнности» можно было бы избѣгать безъ всякаго ущерба для его теоріи конъюнктуры.

Гораздо большее значеніе въ теоріи конъюнктуры имѣетъ ученіе о движеніи цѣнъ. Здѣсь докладчикъ допускаетъ очень крупныя погрѣшности. Такъ, онъ утверждаетъ, что цѣна единицы товара возрастаетъ быстрѣе, чѣмъ падаетъ предложеніе. Разумѣется, это вовсе не очевидное положеніе.

Теоретически вполне мыслимы слѣдующіе случаи:

- 1) Цѣна возрастаетъ быстрѣе, чѣмъ уменьшается предложеніе.
- 2) Цѣна измѣняется въ обратномъ отношеніи къ предложенію.
- 3) Цѣна возрастаетъ медленнѣе, чѣмъ падаетъ предложеніе.

Можно себѣ представить, что для одной группы товаровъ дѣйствуетъ одинъ законъ, для другой группы — другой, для третьей — третій. Наконецъ при измѣненіи предложенія одного и того же товара въ извѣстныхъ предѣлахъ можетъ дѣйствовать одинъ законъ, въ другихъ — другой.

Напр., Предложеніе (въ тыс.). Цѣна (въ руб.). Общ. цѣна (въ тыс.).

9	11	99
10	10	100
11	9	99

Въ приведенномъ примѣрѣ цѣнность совокупности (99—100) сначала возрастаетъ съ ростомъ предложенія (9—10), затѣмъ убываетъ (100—99) несмотря на ростъ предложенія (10—11).

Все сказанное мыслимо теоретически; отсюда задача докладчика доказать, что изъ трехъ случаевъ возможенъ лишь одинъ. Онъ и не пытается сдѣлать этого, если не считать ссылки на движеніе хлѣбныхъ цѣнъ и на законъ Веберъ-Фехнера. Если даже признать вѣрнымъ, что цѣна хлѣба возрастаетъ быстрѣе, чѣмъ падаетъ его предложеніе, то отсюда вовсе не слѣдуетъ, что это примѣнимо и къ другимъ товарамъ. Примѣнимость закона Вебера-Фехнера (уменьшеніе предложенія — уменьшеніе экономического раздраженія) не доказывается докладчикомъ, а постулируется.

Въ теоріи конъюнктуры докладчику нужно было объяснить всеобщее повышательное движеніе цѣнъ. Предположивъ повышеніе цѣны одного товара (вслѣдствіе измѣненія соотношенія спроса и предложенія), онъ вывелъ отсюда всеобщее повышеніе цѣнъ, воспользовавшись принципомъ 1) уравненія цѣнъ и 2) «ихъ солидарной связи». Но уравненіе цѣнъ вовсе не означаетъ ихъ движенія въ одномъ направленіи, а «солидарная связь» — такое же объясненіе движенія цѣнъ, какъ то, что «природа боится пустоты» — объясненіе соответствующихъ физическихъ явленій. Правда, докладчикъ пытается дать обоснованіе «солидарной связи» цѣнъ, но при этомъ выдвигаетъ такіе мотивы, которые въ лучшемъ случаѣ могутъ объяснить движеніе цѣнъ въ одномъ направленіи лишь для нѣкоторыхъ группъ товаровъ (комплементарныя, конкурирующія блага и т. д.). Можетъ показаться, что этой групповой «солидарной связи» и достаточно для объясненія всеобщаго повышенія цѣнъ; повышеніе цѣнъ товара *a* приводитъ къ повышенію цѣнъ *e* и *c*, а повышеніе *c* — къ повышенію *m* и *n* и т. д. Такимъ путемъ въ концѣ концовъ достигается всеобщее повышеніе цѣнъ, но дѣло въ томъ, что кромѣ этой частной «солидарной связи» существуетъ и обратная зависимость между цѣнами. Такъ, напр., повышеніе цѣнъ товара *a* декретируетъ паденіе цѣнъ товара *e*. Если тѣмъ не менѣе въ дѣйствительности наблюдается всеобщее повышеніе цѣнъ, то оно имѣетъ какія-нибудь иныя причины, а не основывается на постулируемой докладчикомъ «солидарной связи» цѣнъ.

Г-нъ Чалухьянъ (гость съ разрѣшенія предсѣдателя) считаетъ, что, говоря о перепроизводствѣ, докладчикъ имѣетъ въ виду общее паденіе цѣнности

благъ, объясняя послѣднее на основаніи закона предѣльной полезности. Между тѣмъ это явленіе можетъ быть объяснено и при помощи объективных теорій цѣнности.

Но если стать на ту точку зрѣнія, что перепроизводство есть общее паденіе цѣнности, слѣдуетъ ли думать, что всякое паденіе цѣнности повлечетъ за собою кризисъ? Равномѣрное паденіе цѣнности не должно повлечь за собою кризиса, и послѣдній можетъ имѣть мѣсто лишь при измѣненіяхъ въ цѣнахъ, лишенныхъ этой равномѣрности.

Въ отвѣтъ на сдѣланныя ему возраженія докладчикъ привелъ слѣдующіе доводы.

Докладчикъ не скрываетъ отъ себя при первомъ опубликованіи своей работы на нѣмецкомъ языкѣ въ 1907 г., что она встрѣтитъ многочисленныя возраженія, ибо разрѣшеніе проблемы кризисовъ и многихъ связанныхъ съ ней вопросовъ имъ было поставлено на совершенно новую плоскость. Съ того времени многіе важнѣйшіе его тезисы нашли признаніе со стороны ряда экономистовъ. Настоящія возраженія въ значительной степени основаны на недоразумѣніи, чему способствовали краткость доклада и то обстоятельство, что нѣкоторыми оппонентами не были приняты во вниманіе болѣе подробныя объясненія въ русскомъ изданіи его труда.

Прежде всего совершенно неосновательно высказывались сомнѣнія относительно достовѣрности закона Кинга. Послѣдній слѣдуетъ считать однимъ изъ наиболѣе обоснованныхъ и нашедшихъ всеобщее признаніе эмпирическихъ законовъ теоріи политической экономіи. Введенный въ науку Давенаномъ въ концѣ XVII вѣка, онъ неоднократно подтверждался изслѣдователями цѣнъ, между ними такими авторитетами, какъ Тукъ и Роджерсъ. Докладчикъ и не утверждалъ, что законъ Кинга приложимъ ко всѣмъ благамъ, каждому въ отдѣльности. Въ своей книгѣ онъ подраздѣляетъ всѣ блага на три группы въ зависимости отъ того, приложимъ ли къ нимъ законъ Кинга въ полной мѣрѣ, въ ослабленной степени или вовсе не приложимъ. Онъ утверждаетъ лишь, что въ большинствѣ случаевъ, когда измѣненія цѣнности отдѣльныхъ благъ въ зависимости отъ измѣненій количества или потребности въ нихъ не соответствуютъ закону Кинга, это происходитъ отъ того, что при повышеніи или пониженіи цѣнъ этихъ благъ кругъ ихъ дѣйствія суживается или расширяется за счетъ другихъ, конкурирующихъ, вслѣдствіе чего измѣненіе цѣнности благъ распространяется на большее число ихъ; дѣйствіе закона Кинга проявляется, такимъ образомъ, болѣе или менѣе полно въ общихъ движеніяхъ цѣнъ, или въ общей цѣнности совокупности благъ. Этому положенію не противорѣчитъ и то обстоятельство, что допускаемое самимъ докладчикомъ (нѣмецкое изд. его работы, стр. 97—98), измѣненіе цѣнъ однихъ благъ въ иныхъ случаяхъ вызываетъ измѣненіе цѣнъ другихъ благъ въ обратномъ направленіи. Послѣднее касается измѣненій въ системѣ цѣнъ, а не измѣненій въ общей цѣнности совокупности благъ, которая имѣется въ виду въ данномъ случаѣ. Солидарная связь между цѣнами благъ, двигающая ихъ въ общемъ въ одномъ направленіи, базируется не только на производственной связи благъ и на потребительной связи конкурирующихъ въ тѣсномъ смыслѣ и комплементарныхъ благъ, но въ конечномъ счетѣ на томъ, что всѣ блага имѣютъ общую точку соприкосновенія въ ихъ назначеніи — удовлетворить потребности человѣка. Уменьшеніе количества какого-нибудь блага, напр., означаетъ въ то же время нѣкоторое уменьшеніе совокупности количества всѣхъ благъ, и послѣднее естественно должно сопровождаться увеличеніемъ

цѣнности этого совокупнаго количества благъ, независимо отъ того, какъ повліяетъ на систему цѣнъ (повышая цѣны однихъ и понижая цѣны другихъ благъ) уменьшеніе количества и увеличеніе цѣны первоначальнаго блага. Въдѣ цѣнность не что иное, какъ показатель недостатка полезныхъ благъ. Законъ Вебера-Фехнера приводится имъ лишь для возможнаго психологическаго объясненія закона Кинга, а не для обоснованія этого достовѣрнаго эмпирическаго закона, не нуждающагося въ косвенномъ доказательствѣ.

Что же касается сдѣланнаго ему упрека въ томъ, что онъ будто не обратилъ вниманія на существованіе связи между движеніями цѣнъ и покупательными средствами, то эта связь въ дѣйствительности рассматривается имъ на стр. 154—160 русскаго изданія его труда. Но вообще невѣрно мнѣніе оппонента, что общая цѣнность благъ находится въ зависимости отъ покупательныхъ средствъ, т.-е. отъ выраженной въ денежныхъ единицахъ номинальной покупательной силы общества. Дѣло обстоитъ какъ разъ наоборотъ, а именно, номинальная покупательная сила зависитъ отъ цѣнъ и иначе не были бы возможны никакія общія движенія цѣнъ.

Докладчикъ заявляетъ, что неправильно понимается его теорія, будто она признаетъ причиной перепроизводства сокращеніе потребленія. Общественное потребленіе растетъ непрерывно, но въ періоды подъема оно отстаетъ отъ чрезвычайнаго роста производства, что и приводитъ къ перепроизводству. Что потребленіе репродуктивное, вызываемое накопленіемъ, не можетъ замѣнить потребленія конечнаго и служить основаніемъ воспроизводственнаго процесса свыше краткаго періода въ нѣсколько лѣтъ, это положеніе обосновывается имъ въ главѣ «Границы накопленія общественнаго капитала», особенно въ новомъ, русскомъ изданіи, гдѣ имъ также подвергается соотвѣтствующей критикѣ классическая теорія капитала и ученія Сэ и Туганъ-Барановскаго. Существованіе определенной связи между степенью концентрации покупательной силы и интенсивностью общественной капитализаціи доказывается въ III отдѣлѣ книги докладчика. Но эта связь отнюдь не основывается на уменьшеніи потребленія со стороны имущихъ классовъ, какъ это неправильно приписывается ему однимъ изъ оппонентовъ. На недоразумѣніи основанъ также упрекъ, будто докладчикъ объясняетъ возникновеніе подъема случайными внѣшними обстоятельствами. Последнія являются лишь внѣшними поводами — а въ безпрерывномъ движеніи экономическихъ явленій такіе поводы имѣются постоянно, — которые заимствуютъ свое значеніе отъ внутренняго состоянія хозяйственной жизни и направляютъ производственные силы на путь развитія, обусловленный экономической организаціей.

Что касается до понятія общественной цѣнности, смыслъ и значеніе котораго отрицались оппонентами, то это понятіе выдвигалось — правда, въ неопредѣленной и разнообразной формѣ — почти всѣми выдающимися теоретиками субъективной школы. Докладчикъ далъ этому понятію болѣе конкретное опредѣленіе, какъ необходимому основанію теоріи конъюнктуры.

Докладчикъ не можетъ согласиться также съ утвержденіемъ, что періодическія колебанія цѣнности могутъ быть объяснены и на основаніи объективныхъ теорій цѣнности. Трудовая теорія могла бы объяснить общее и постепенное паденіе цѣнности благъ повышеніемъ производительности труда; но она не въ состояніи объяснить внезапное паденіе во время кризисовъ, повышеніе въ періоды подъема и вообще имѣющія мѣсто періодическія ко-

лебанія цѣнности благъ. Невѣрно также утвержденіе, что равномѣрное паденіе цѣнности благъ не можетъ повлечь за собою кризиса. При кредитномъ хозяйствѣ и равномѣрное паденіе цѣнъ должно вызвать сильное перемѣщеніе покупательной силы въ пользу кредиторовъ, почему многіе теоретики считаютъ кредитъ главнымъ основаніемъ кризисовъ. Въ дѣйствительности же общее паденіе цѣнности не означаетъ непремѣнно равномѣрнаго паденія цѣнности всѣхъ благъ.

По окончаніи преній предсѣдатель предложилъ благодарить докладчика за его интересный докладъ, что и было единогласно принято.

Предсѣдатель **Н. Каблуковъ.**

Секретарь **Н. Пѣтуховъ.**

Журналъ годичнаго общаго собранія Общества имени **А. И. Чупрова.**

Засѣданіе 24 февраля 1916 г.

1. Предсѣдатель сообщилъ о послѣдовавшей кончинѣ профессора экономиста **И. И. Кауфмана.**

Память покойнаго почтена встаніемъ.

2. Предсѣдатель сообщилъ о томъ, что на 70-лѣтнемъ юбилеѣ проф. **Посникова** отъ имени Общества былъ поднесенъ адресъ, и нынѣ Совѣтъ входитъ съ предложеніемъ избрать **А. С. Посникова** въ почетные члены Общества согласно § 6 Устава.

Закрытой баллотировкой профессоръ **А. С. Посниковъ** единогласно избранъ почетнымъ членомъ Общества.

3. Проф. **Яснопольскій** прочелъ докладъ, посвященный памяти скончавшагося **А. А. Русова.**

По прочтеніи доклада по предложенію предсѣдателя присутствовавшіе выразили благодарность докладчику.

4. Предсѣдатель сообщилъ заявленіе Предсѣдателя комиссіи по изученію современной дороговизны проф. **А. А. Мануилова** (см. ниже) о необходимости организовать по широкой программѣ изслѣдованіе вліянія настоящей войны на русское народное хозяйство, пригласивъ на организационное совѣщаніе по этому вопросу представителей русской экономической и статистической науки и другихъ специалистовъ, могущихъ принять участіе въ проектируемыхъ работахъ.

Согласиться съ соображеніями, приведенными въ заявленіи профессора **А. А. Мануилова**; образовать при О-вѣ особую комиссію по изученію вліянія современной войны на русское народное хозяйство и просить **А. А. Мануилова** принять на себя ея организацию и предсѣдательствованіе въ ней; на засѣданія комиссіи, посвященные плану предполагаемыхъ работъ, пригласить свѣдущихъ лицъ въ области экономическихъ и статистическихъ наукъ.

Комиссію по изученію современной дороговизны считать закрытой.

5. Предсѣдатель сообщилъ, что Отдѣломъ сельской экономіи и сельскохозяйственной статистики

Благодарить Отдѣлъ Сельской экономіи и сельскохозяйственной статистики Министерства Земледѣлія.

Министерства Земледѣлія ассигновано согласно просьбѣ Совѣта 500 р. на изданіе «Статистическаго Вѣстника».

6. Заслушанъ отчетъ Совѣта одѣятельности Общества съ 24 февраля 1915 г. по 24 февраля 1916 г.

7. Заслушанъ денежный отчетъ Совѣта за 1915 г. съ заключеніемъ ревизіонной комиссіи. При этомъ было указано, что заключеніе ревизіонной комиссіи подписано лишь двумя лицами. Это объясняется тѣмъ что двое изъ членовъ ревизіонной комиссіи находились къ моменту ревизіи внѣ Москвы, третій же членъ случайно не былъ извѣщенъ и отсутствовалъ.

8. Доложена смѣта на 1916 г. въ размѣрѣ 2850 руб.

9. Выборы президіума Общества на 5 годъ его существованія (по 24 февраля 1917 г.)

10. Выборы ревизіонной комиссіи на 5-й годъ существованія Общества (по 24 февраля 1917 г.).

11. Заслушанъ докладъ **С. А. Первушина**: «Прекращеніе продажи питей, какъ одинъ изъ факторовъ современной дороговизны».

Послѣ доклада послѣдовали пренія (см. ниже), въ которыхъ приняли участіе: **Д. В. Кузовковъ**, **И. И. Евтихѣвъ** и **г. Шировъ** (вновь избранный членъ О-ва). Послѣ преній председатель предложилъ благодарить докладчика, что и было единогласно принято.

Постановлено утвердить.

Денежный Отчетъ Совѣта за 1915 г. утвердить. Предложеніе председателя — выразить благодарность казначею Общества за понесенные имъ труды въ связи съ чрезвычайно возросшими оборотами Общества — было единогласно принято.

Постановлено утвердить.

Оказались избранными:

Председатель: **Н. А. Каблуковъ.**

Тов. Предсѣд. **В. Я. Желѣзновъ.**

П. П. Масловъ.

Члены Совѣта: **А. А. Мануиловъ.**

А. А. Чупровъ.

В. И. Анисимовъ.

М. Д. Загрядковъ.

Н. Н. Шапошниковъ.

Казначей: **П. П. Гензель.**

Секретарь: **Н. Г. Пѣтуховъ.**

Тов. Секретаря: **Л. Н. Литошенко.**

Л. Б. Кафенгаузъ.

Библіотекарь: **Н. А. Свавицкій.**

(тѣ же, что и въ прошломъ году).

Оказались избранными:

В. А. Перелешинъ.

И. Г. Коганъ.

В. С. Малченко.

П. А. Бурыйкинъ.

П. Н. Колокольниковъ.

Постановлено принять къ свѣдѣнію.

12. Секретарь Общества доложилъ:

1) Отношеніе Попечительства о трудовой помощи отъ 1 декабря за № 6096 съ приложеніемъ Выс. утвержденныхъ правилъ относительно соисканія преміи имени Е. И. В. Государыни Императрицы Александры Ѣеодоровны съ указаніемъ темъ, предложенныхъ къ предстоящему въ 1918 г. конкурсу. 2) Отношеніе Бюро объединенныхъ организацій отъ 15 января 1916 г., за № 17, объ учрежденіи Московскаго комитета военно-технической помощи объединенныхъ техническихъ и научныхъ организацій Московскаго района и открытіи 3 секцій съ предложеніемъ записаться въ составъ послѣднихъ.

Предсѣд. Об.: **Н. А. Каблуковъ.**

Секретарь: **Н. Г. Пѣтуховъ.**

Пренія къ докладу С. А. Первушина.

Д. В. Кузовковъ. Прекращеніе водочной торговли повело къ повышенію благосостоянія населенія, что подтверждается ростомъ вкладовъ въ сберегательныя кассы; увеличеніе благосостоянія повело къ повышенію спроса на продукты и къ пониженію предложенія ихъ. Такова схема доклада, ошибочная въ самомъ корнѣ. Вклады военнаго времени не являются сбереженіями. Сбереженій въ настоящемъ смыслѣ не могло быть во время войны на истощеніе — народное хозяйство несетъ колоссальныя потери отъ призыва 10 милліоновъ наиболѣе цѣнныхъ работниковъ; въ началѣ войны сильно увеличилась безработица. «Потерянный милліардъ» Государственное казначейство давно многократно возвратило, какъ путемъ открытаго увеличенія налоговъ, такъ и путемъ скрытаго обложенія въ видѣ выпуска бумажныхъ денегъ. Сбереженія отъ прекращенія пьянства могли покрыть только часть потерь народнаго хозяйства отъ войны. Какимъ же образомъ могли оказаться милліарды сбереженій? Вклады настоящаго времени — это показатель распродажи національнаго имущества: государство скупаетъ по высокимъ цѣнамъ или прямо реквизируетъ продукты, замѣняя реальные цѣнности цѣнностями бумажными. Такая распродажа происходитъ сейчасъ во всѣхъ воюющихъ государствахъ, въ особенности въ Германіи.

И. И. Евтихѣвъ указалъ на то, что врядъ ли сбереженія у сельскаго населенія, вслѣдствіе прекращенія продажи питей, являются однимъ изъ рѣшающихъ факторовъ современной дороговизны. Между размѣромъ сбереженій и процентомъ роста цѣнъ наблюдается столь громадная разница, что для сельскаго населенія не имѣлось бы выгоды задерживать продукты. Запрещеніе продажи питей, повышая производительность труда, при современномъ недостаткѣ рабочихъ рукъ скорѣе могло вліять сдерживающимъ путемъ на ростъ цѣнъ на продукты и матеріалы, въ особенности въ городѣ.

А. В. Шиловъ указываетъ, что экономію отъ прекращенія пьянства въ народѣ надо видѣть не только въ сбереженіи тѣхъ суммъ, которыя на пьянство расходовались, но и въ сокращеніи числа пожаровъ, кражъ, преступленій и т. д.

С. А. Первушинъ: «Я вполне согласенъ съ Д. В. Кузовковымъ, что положительные результаты прекращенія продажи питей въ значительной мѣрѣ парализовались благодаря призывамъ трудящейся массы въ армію, новымъ «военнымъ» налогамъ и дороговизнѣ. Однако въ конечномъ итогѣ, какъ показываетъ приведенный въ докладѣ количественный анализъ работы различныхъ факторовъ, дѣйствовавшихъ во время войны, благосостояніе сельскаго населенія улучшилось. Это улучшение явилось результатомъ не только прекращенія продажи питей, но и перераспределенія народнаго дохода въ пользу деревни и за счетъ низшихъ и среднихъ классовъ городского населенія.

Оно подтверждается у меня въ докладѣ не столько фактомъ роста вкладовъ въ сберегательныя кассы, сколько анализомъ бюджетныхъ данныхъ. Что касается данныхъ о ростѣ вкладовъ въ сберегательныя кассы, то ими я пользовался лишь какъ однимъ изъ показателей (на ряду съ другими) и не столько для вычисленія абсолютнаго размѣра реальныхъ сбереженій населенія, сколько для выясненія основныхъ тенденцій въ перераспределеніи народнаго дохода между городомъ и деревней и различными районами послѣдней благодаря прекращенію продажи питей и другимъ «военнымъ» факторамъ. Я отнюдь не рисую радужной картины сильнаго роста благосостоянія деревни: я считаю чрезмѣрный притокъ денегъ въ деревню во время войны явленіемъ временнымъ (даже указываю, что однимъ изъ источниковъ сбереженій деревни были реквизиціи скота, т.-е. отчужденіе капитала). Но я категорически протестую противъ необоснованнаго утвержденія Д. В. Кузовкова о массовой распродажѣ націей своего капитала. Это невѣрно даже и для настоящаго времени, когда условія существованія населенія значительно ухудшились. Что касается ссбображеній И. И. Евтихіева, то они совпадаютъ съ моимъ заключеніемъ о роли прекращенія продажи питей среди факторовъ дороговизны. Я не считаю его рѣшающимъ факторомъ: кривая цѣнъ опредѣлялась чрезвычайными «военными» факторами.

Въ Совѣтъ Общества имени А. И. Чупрова.

(Заявленіе проф. А. А. Мануилова).

Комиссія по изученію дороговизны, состоящая при Обществѣ имени А. И. Чупрова, поручила мнѣ войти въ Совѣтъ съ слѣдующимъ предложеніемъ.

Вліяніе современной войны на народное хозяйство Россіи чрезвычайно разнообразно и глубоко. Нѣтъ такой отрасли экономической жизни нашего отечества, на которой это вліяніе не отразилось бы. Въ будущемъ послѣдствія переживаемыхъ нами событій должны неизбежно выразиться въ измѣненіяхъ многихъ важнѣйшихъ сторонъ экономическаго развитія Россіи и въ связи съ этимъ отразиться самымъ чувствительнымъ образомъ на общемъ направленіи и характерѣ нашей экономической политики. Русскіе экономисты, учитывая громадное значеніе событій, совершающихся на нашихъ глазахъ, обязаны теперь же подвергать ихъ всестороннему наблюденію и изслѣдова-

нію. Многое, что можетъ быть наблюдено и зафиксировано въ настоящій моментъ, перестанетъ существовать въ ближайшемъ будущемъ и такимъ образомъ уйдетъ изъ поля научнаго изученія. Необходимо уловить эти преходящія, но крайне существенныя черты явленій, свидѣтелями которыхъ намъ приходится быть въ настоящее время, чтобы воспользоваться ими для характеристики и правильнаго пониманія нашей многозначительной эпохи.

Все это и побуждаетъ Комиссію по дороговизнѣ предложить Совѣту и Обществу принять мѣры къ организаціи по широкой программѣ изслѣдованія вліянія современной войны на русское народное хозяйство. Комиссія полагаетъ, что выполненіе этой громадной и трудной задачи требуетъ участія въ ея разрѣшеніи всѣхъ наличныхъ силъ русской экономической науки и статистики и предлагаетъ Совѣту пригласить въ Москву въ ближайшемъ будущемъ на совѣщаніе по этому вопросу представителей названныхъ дисциплинъ и вообще спеціалистовъ, могущихъ принять участіе въ проектируемой работѣ.

Предсѣдатель Комиссіи по изученію дороговизны
проф. А. Мануиловъ.

Отчетъ Совѣта Общества имени Александра Ивановича Чупрова по разработкѣ общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ.

За отчетный годъ съ 24 февраля 1915 г. по 24 февраля 1916 г.

(Докладъ Секретаря Общества Годичному Общему Собранію 24 февраля 1916 г.).

Съ 24 февраля 1916 г. Общество имени Александра Ивановича Чупрова для разработки общественныхъ наукъ при Императорскомъ Московскомъ университетѣ заканчиваетъ четвертую и вступаетъ въ пятую годовщину своего существованія. Въ этотъ день, согласно уставу Общества, его Совѣтъ имѣетъ честь предложить вниманію г.г. членовъ нижеслѣдующія данныя о жизни и дѣятельности Общества за истекшій годъ.

Въ настоящее время Общество имени Александра Ивановича Чупрова, кромѣ своей дѣятельности и своихъ засѣданій какъ Общества въ цѣломъ, имѣетъ четыре спеціальныхъ отдѣленія — Теоретической экономіи, Статистики, Соціальной исторіи и Соціальной политики. Первые три существуютъ съ 24 февраля 1912 г., послѣднее — съ 24 февраля 1913 г. Затѣмъ при Обществѣ и его отдѣленіяхъ продолжаютъ работать постоянныя комиссіи: при отдѣленіи Статистики — по вопросамъ земской статистики, текущей статистики урожаявъ, страховой, школьной (народнаго образованія), городской; комиссія по изученію вліянія войны на положеніе труда. При отдѣленіи Соціальной политики — комиссія по организаціи работъ отдѣленія и выработкѣ плана журнала, посвященнаго интересамъ и нуждамъ 3-го элемента (предсѣдатель М. Д. Загрядцовъ). 7-го марта 1915 г. при томъ же отдѣленіи Соціальной политики избрана комиссія для разработки вопроса о собираніи матеріаловъ, касающихся положенія земскихъ служащихъ. При Обществѣ продолжаетъ свою работу спеціально образованная въ связи съ текущей войной комиссія для разработки основаній предстоящей финансовой реформы въ Россіи и условій проведенія ея въ жизнь (Финансовая

комиссія Общества). Въ засѣданіи 5-го марта было, по предложенію **В. Г. Громана**, принято предложеніе образовать, совместно съ другими научными и общественными организаціями г. Москвы, комиссію по изученію современной дороговизны.

Движеніе личнаго состава Общества за отчетный годъ представляется въ слѣдующемъ видѣ. Къ 24 февраля 1916 г. Общество имѣло 506 членовъ (къ 24 февраля 1915 г. — 452.) Изъ числа членовъ Общества за истекшій годъ выбылъ **Аркадій Васильевичъ Смирновъ**, память котораго была почтена въ засѣданіи Общества 5 марта 1915 г.

Членами Общества состоятъ 470 мужчинъ и 36 женщинъ. Изъ общаго числа въ Москвѣ живутъ 282, въ ея пригородныхъ мѣстностяхъ — 15, въ другихъ городахъ Россіи — 209 (въ прошломъ году — 173).

Число членовъ въ отдѣленіяхъ Общества къ 24 февраля 1916 г. выражается въ слѣдующихъ цифрахъ:

Отдѣленіе Теоретической экономіи 82 члена (82 въ 1915 г.).

Отдѣленіе Статистики 254 (224 въ 1915 г.).

Отдѣленіе Соціальной исторіи 77 членовъ (74 въ 1915 г.).

Отдѣленіе Соціальной политики 71 членъ (48 въ 1915 г.).

Составъ должностныхъ лицъ Общества имени **Александра Ивановича Чупрова** къ 24 февраля 1916 г. остался въ томъ же видѣ, въ какомъ онъ былъ избранъ 24 февраля 1915 г. Въ настоящее время состоятъ:

Предсѣдателемъ: **Н. А. Каблуковъ.**

Тов. Предсѣдат.: **В. Я. Желѣзновъ.**

П. П. Масловъ.

Членами Совѣта: **А. А. Мануиловъ.**

А. А. Чупровъ.

В. И. Анисимовъ.

М. Д. Загрядковъ.

Н. Н. Шапошниковъ.

Казначеемъ: **П. П. Гензель.**

Секретаремъ: **Н. Г. Пѣтуховъ.**

Тов. Секретаря: **Л. Н. Литошенко.**

Л. Б. Кафенгаузъ.

Библіотекаремъ: **Н. А. Свамицкій.**

Членами Ревизіонной Комиссіи состоятъ: **В. А. Перелешинъ, В. С. Малченко, И. Г. Коганъ, П. А. Бурыйкинъ, П. Н. Колокольниковъ.**

Президіумы отдѣленій Общества и комиссій на 24 февраля 1916 г. имѣютъ слѣдующій составъ:

Отдѣленіе теоретической экономіи.

Предсѣдатель: **А. А. Мануиловъ.**

Тов. Предсѣд.: **В. Я. Желѣзновъ.**

Н. Н. Шапошниковъ.

Секретари: **Л. Б. Кафенгаузъ.**

З. С. Каценеленбаумъ.

Отдѣленіе статистики.

Предсѣдатель: **С. Н. Прокоповичъ.**
Тов. Предсѣд.: **А. Е. Лосицкій.**
В. И. Анисимовъ.
Секретари: **В. В. Дмитріевъ.**
Н. А. Свамицкій.

Выборы президіума согласно наказу отдѣленіемъ предполагаются въ началѣ марта.

Отдѣленіе соціальной исторіи.

Предсѣдатель: **Д. М. Петрушевскій.**
Тов. Предсѣд.: **А. А. Кизеветтеръ.**
Секретарь: **А. Д. Удальцовъ.**

Выборы новаго президіума предполагаются 4 марта.

Отдѣленіе соціальной политики.

Предсѣдатель: **В. Я. Желѣзновъ.**
Тов. Предсѣд.: **М. Д. Загряцковъ.**
Секретари: **Н. П. Огановскій.**
С. П. Тюринъ.

Выборы новаго президіума предполагаются въ началѣ марта.

Комиссія по вопросамъ земской статистики.

Предсѣдатель: **Н. А. Каблукъ.**
Тов. Предсѣд.: **В. И. Анисимовъ.**
Н. И. Воробьевъ.
Секретари: **Н. А. Свамицкій.**
М. И. Богомазовъ.
С. В. Шольцъ.

Комиссія по вопросамъ страховой статистики.

Предсѣдатель: **М. И. Семеновъ.**
Секретарь: **В. М. Обуховъ.**

Комиссія по статистикѣ народнаго образованія.

Предсѣдатель: **Н. Н. Иорданскій.**
Тов. Предсѣд. **Н. Я. Казимировъ.**
Секретарь: **И. С. Самохваловъ.**

Комиссія по вопросамъ городской статистики.

Предсѣдатель: **В. Е. Михайловскій.**
Тов. Предсѣд. **А. Е. Лосицкій.**
Секретарь: **Н. А. Свамицкій.**

Комиссія по изученію вліяння войны на положеніе труда.

Предсѣдатель: **В. В. Дмитріевъ.**
Тов. Предсѣд. **А. Е. Лосицкій.**
М. Г. Коганъ.
Секретарь: **П. Н. Колокольниковъ.**

Финансовая комиссія.

Предсѣдатель: **В. Я. Желѣзновъ.**
Секретарь: **А. А. Соколовъ.**

Дѣятельность Общества имени Александра Ивановича **Чупрова**, какъ и всегда, связана прежде всего съ рядомъ засѣданій какъ самого Общества, такъ и его Совѣта, отдѣленій и комиссій.

Совѣтъ Общества въ отчетномъ году имѣлъ 8 засѣданій: 13 марта, 7 марта, 19 апрѣля, 23 апрѣля, 8 октября, 12 ноября, 11 декабря и 24 февраля.

Общество имѣло въ томъ же году 6 закрытыхъ засѣданій:

1) 5-го марта — докладъ **Л. Г. Лубны-Герцыкъ**, «О нормальной интенсивности земледѣлія».

2) 11-го апрѣля, въ которомъ были заслушаны: резолюція комиссій по вопросамъ земской статистики о производствѣ официальной общеперской переписи запасовъ продуктовъ массоваго питанія и докладъ **В. Г. Громана** «Объ основныхъ программныхъ и организаціонныхъ требованіяхъ при производствѣ такого рода переписи».

3) 12-го ноября, въ которомъ были заслушаны: статья **Д. И. Рихтера**, посвященная памяти **В. И. Покровскаго**, и докладъ **В. П. Кардашева**, «Къ вопросу о мобилизаціи банковъ».

4) 28-го ноября — сообщеніе предсѣдателя **Н. А. Каблукова**, посвященное памяти **А. А. Русова**; сообщеніе **И. А. Поплавскаго**, «**А. А. Русовъ**, какъ желѣзнодорожный статистикъ»; и докладъ **П. П. Маслова**, «Дороговизна и распредѣленіе народнаго дохода».

5) 11-го декабря — докладъ **М. А. Бунятяна**, «Основные начала теоріи періодическихъ кризисовъ перепроизводства».

И наконецъ сегодня

6) 24-го февраля — докладъ **С. А. Нервущина**, «Прекращеніе продажи питей, какъ одинъ изъ факторовъ современной дороговизны».

Въ отдѣленіи теоретической экономіи было одно засѣданіе:

1) 10-го апрѣля — **В. А. Голгофскій**, «О значеніи закона убывающаго плодородія почвы въ теоретической экономіи».

Въ отдѣленіи статистики состоялись засѣданія:

1) 15-го апрѣля — **М. Е. Подтягинъ**, «О приемахъ измѣренія силы связи явленій (урожайность, хлѣбныя цѣны, движеніе землевладѣнія)».

2) 2-го мая (соединенное съ Финансовой комиссіей) — **И. А. Поплавскій**, «Желѣзнодорожный налогъ и условія пересмотра желѣзнодорожныхъ тарифовъ въ Россіи въ 1914—15 гг.» (см. ниже).

Въ отдѣленіи соціальной исторіи.

- 1) 3-го марта — **Р. И. Выдринъ**, «Русско-польскія отношенія во второй половинѣ XIX вѣка».
- 2) 12-го марта — **Ю. В. Готье**, «Областные органы прокурорскаго надзора въ Россіи XVIII столѣтія до Учрежденія о губерніяхъ».
- 3) 31-го октября — **Д. Н. Егоровъ** «Воспоминанія о В. С. Протопоповѣ», **А. Н. Савинъ**, «В. С. Протопоповъ какъ историкъ». **А. Д. Удальцовъ**, «В. С. Протопоповъ, какъ руководитель университетскаго просеминарія». **В. И. Пичета**, «Наказы малороссійскихъ городовъ въ Екатерининскую комиссію 1767 г.».
- 4) 25-го ноября — **Б. А. Кистяковский** (вступительное слово), «Драгомановъ и его значеніе для современнаго момента». **Р. И. Выдринъ**, «Драгомановъ и Россія».
- 5) 11-го декабря — **Е. А. Косминскій** «Сотенные свитки 1279—80 гг., какъ источникъ для аграрной исторіи Англіи».
- 6) 12-го февраля — **С. Б. Веселовскій** о 2-мъ томѣ своей книги «Сошное письмо въ Московскомъ государствѣ».

Въ отдѣленіи соціальной политики.

- 1) 7-го марта — **И. И. Евтихievъ**, «Начало самоуправленія и законъ объ обезпеченіи рабочихъ на случай болѣзни». **М. Д. Заграцковъ**, «Пенсионная касса земскихъ служащихъ, какъ форма профессиональнаго самоуправления».
- 2) 11-го апрѣля — **Н. Я. Казимировъ**, «Матеріалы къ изученію вліянія войны на экономическое положеніе населенія г. Москвы. Семьи запасныхъ». Сообщение президіума Отдѣленія объ организаціи собиранія матеріаловъ, посвященныхъ экономическому положенію земскихъ и городскихъ служащихъ.
- 3) 10-го октября — **Г. М. Лунцъ**, «Биржи труда въ Москвѣ».
- 4) 17-го октября — сообщение **Л. Н. Юровскаго** о законопроектѣ «Положеніе объ учрежденіи конторъ для найма». **Г. М. Лунцъ**, «Биржи труда въ Москвѣ» (продолженіе).
- 5) 21-го октября — обсужденіе докладовъ, прочитанныхъ въ засѣданіи 17-го октября. **Е. Д. Кускова**, «О роли кооперативовъ въ дѣлѣ посредничества».
- 6) 14-го ноября — **С. П. Тюринъ**, «Биржи труда и промышленные конфликты». Сообщение **Н. Н. Колокольниково** о законодательныхъ предположеніяхъ по регулированію спроса и предложенія труда въ Россіи.

Подобно прошлымъ годамъ комиссіей по вопросамъ Земской статистики были устроены особые засѣданія (10) съ участіемъ провинціальныхъ членовъ, на этотъ разъ на Пасхѣ. На этихъ засѣданіяхъ были прочитаны слѣдующіе доклады:

- 25 марта — **А. В. Чаяновъ**, «Объ изученіи вліянія войны на организацію крестьянскаго хозяйства». **Н. П. Макаровъ**, «О приемахъ изученія вліянія войны на крестьянское хозяйство».
- 26 марта — **М. И. Семеновъ**, «О вліяніи прекращенія продажи питей на пожары». **Н. Ф. Плетневъ**, «Вліяніе войны на хозяйственную жизнь Владимирской губерніи». **А. И. Хрящева**, «Къ вопросу о приемахъ изслѣдованія динамики крестьянскаго хозяйства».

27 марта — **Н. А. Каблуковъ** и **Н. А. Сваницкий**, объ изданіи журнала «Статистическій Вѣстникъ». **М. И. Богомазовъ**, объ изданіи трудовъ комиссіи по вопросамъ Земской статистики. **С. Н. Прокоповичъ** о статистическихъ курсахъ. **Г. И. Баскинъ** «Къ вопросу о дифференціаціи и типахъ крестьянскаго хозяйства». **Н. И. Астровъ**, **А. А. Мануиловъ** и **В. Г. Громанъ** объ организаціи работъ по изученію дороговизны.

28 марта — **М. И. Богомазовъ**, «О необходимости предварительнаго учета урожая по пробнымъ умолотамъ». **В. М. Обуховъ**, «О методахъ разработкы данныхъ урожайной статистики».

29 марта — **М. Д. Загрядковъ** «О положеніи третьяго элемента въ земствѣ». **И. Н. Ратеновъ**, «О примѣненіи трафаретовъ и графическихъ изображеній при изученіи зависимости между различными явленіями».

Комиссіей былъ вынесенъ рядъ резолюцій въ связи съ прочитанными докладами (подробно см. въ кн. 4-ой «Статистическаго Вѣстника»).

Финансовая комиссія имѣла слѣдующія засѣданія:

1) 6-го марта — **Д. Н. Кузовковъ**, «Система реальныхъ налоговъ и общій поимущественный налогъ».

2) 2-го мая (соединенное съ Статистическимъ Отдѣленіемъ) — **И. А. Поплавскій**, «Желѣзнодорожный налогъ и условія пересмотра желѣзнодорожныхъ тарифовъ въ Россіи въ 1914—15 г.».

3) 5-го февраля — **А. А. Соголовъ**, «Поимущественный налогъ и его мѣсто въ системѣ прямого обложенія».

Комиссія по вопросамъ Страховой статистики имѣла за истекшій годъ одно засѣданіе; комиссія по Статистикѣ народнаго образованія — 3 засѣданія; комиссія по вопросамъ Городской статистики также 3 засѣданія въ іюлѣ 1915 г., въ которыхъ обсуждался вопросъ объ объединеніи городской статистики и изданіи бюллетеней русскихъ городовъ; комиссія по изученію вліянія текущей войны на положеніе труда имѣла 3 засѣданія по вопросу о разработкѣ полученныхъ данныхъ анкеты (см. ниже).

Комиссія по изученію дороговизны.

1) 19-го марта — при участіи представителей слѣдующихъ учреждений: Союзовъ земствъ и городовъ, Московской губернской и уѣздной земскихъ управъ, Научнаго института, Московскаго общества сельскаго хозяйства, Московскаго отдѣленія Императорскаго Русскаго техническаго общества, Московскаго Народнаго Банка, Московскаго союза потребительныхъ обществъ, Комитета о сельскихъ ссудо-сберегательныхъ и промышленныхъ товариществахъ, Общества помощи жертвамъ войны и Московскаго Комитета по холодильному дѣлу — докладъ президіума комиссіи о программѣ и ходѣ работъ по изученію дороговизны.

2) 24 марта — совѣщаніе съ московскими экономистами и статистиками для обсужденія предложенной президіумомъ программы работъ.

3—4) 27 и 28 марта — совѣщанія съ комиссіей по вопросамъ Земской статистики при участіи представителей 16 земскихъ и 8 городскихъ статистическихъ бюро для выработки программы свѣдѣній, которыя могутъ быть доставлены съ мѣстъ по предмету изученія комиссіи.

5—9) Сверхъ этихъ 4 организаціонныхъ собраній, комиссія имѣла 2 подготовительныхъ къ сѣзду, созванному Союзомъ городовъ, засѣданія лѣтомъ и 3 осенью и зимой. Въ перечисленные засѣданія не входятъ засѣданія президіума комиссіи.

Общее число засѣданій Совѣта, Общества, его отдѣленій, комиссій и подкомиссій за истекшій годъ выражается въ цифрѣ 60 (55 въ 1914—1915 гг., 37 въ 1913—1914 гг., 44 въ 1912—1913 г.) На этихъ засѣданіяхъ было прочитано 42 доклада и сообщенія (32 въ 1914—1915 г., 37 въ 1913—1914 гг., 31 въ 1912—1913 гг.).

За истекшій годъ издательская дѣятельность Общества имени Александра Ивановича **Чупрова** выразилась въ слѣдующемъ. Прежде всего Общество попрежнему принимало участіе въ «Юридическомъ Вѣстникѣ», издаваемомъ Московскимъ Юридическимъ обществомъ.

Въ 1-ой и 3-ей книжкахъ журнала за 1915 г. напечатаны протоколы засѣданій Общества, которыя затѣмъ въ формѣ отдѣльныхъ оттисковъ были разосланы членамъ Общества. Отдѣльныхъ статей экономическаго характера въ этомъ году печатано не было.

Редакторомъ Экономическаго отдѣла журнала попрежнему состоитъ **А. А. Мануиловъ**.

Затѣмъ продолжалъ издаваться при Статистическомъ отдѣленіи Общества «Статистическій Вѣстникъ». Въ истекшемъ году вышли: книжка 4-ая 1914—15 г., чѣмъ закончился первый годъ изданія, и 1-ая книжка 1915—1916 г. Съ января текущаго года была получена отъ Отдѣла Сельской экономіи и сельскохозяйственной статистики Министерства Земледѣлія субсидія на изданіе «Статистическаго Вѣстника» въ размѣрѣ 500 руб.

Финансовой комиссіей напечатаны и вышли въ свѣтъ 1-ый и 2-ой выпуски I-го тома ея Трудовъ. Въ ближайшемъ будущемъ появится 3-ій (и послѣдній) выпускъ I тома и затѣмъ II томъ, посвященный изученію вліянія прекращенія продажи спиртныхъ напитковъ на народное хозяйство.

Комиссія по изученію современной дороговизны къ 25-му февраля 1916 г. выпустила въ свѣтъ 3 выпуска намѣченныхъ къ изданію своихъ трудовъ и приступила къ печатанію 4-го выпуска.

Комиссія по вопросамъ земской статистики выпускаетъ на дняхъ Отчетъ о засѣданіяхъ комиссіи съ участіемъ провинціальныхъ членовъ, имѣвшихъ мѣсто на масленицѣ 1914 г.

Въ истекшемъ году состоящую при Финансовой комиссіи подкомиссіей по изученію вопроса о вліяніи прекращенія продажи спиртныхъ напитковъ на хозяйство и бытъ населенія (предѣдатель: **В. Я. Желѣзновъ**, секретарь: **С. А. Нервунинъ**) была съ разрѣшенія и при содѣйствіи Министра Народнаго просвѣщенія гр. **П. Н. Игнатьева** предпринята анкета о потребленіи суррогатовъ въ городахъ и деревняхъ въ связи съ запрещеніемъ продажи питей. Анкетные бланки въ количествѣ около 15 тысячъ были разосланы народнымъ учителямъ 10 губерній и областей Россійской имперіи, относящихся къ различнымъ хозяйственнымъ районамъ. Позднѣе анкетные бланки были разосланы и по другимъ губерніямъ. Въ настоящее время получено около 7000 отвѣтовъ, годныхъ къ разработкѣ и относящихся болѣе чѣмъ къ 25 губерніямъ и областямъ Россіи, въ томъ числѣ и къ такимъ отдаленнымъ какъ Акмолинская, Забайкальская, Уральская, Сыръ-Дарьинская, Ферганская. Отвѣты продолжаютъ поступать и по настоящее время.

Томъ II изслѣдованій Финансовой комиссіи, о которомъ говорилось выше

представляет собою рядъ статей по вопросамъ, намѣченнымъ къ разработкѣ указанной подкомиссіей, а именно — по вопросу о вліяніи прекращенія продажи питей на производительность труда рабочихъ, на горимость деревни и т. д.

Комиссія по изученію вліянія войны на положеніе труда закончила свою анкету, о которой говорилось въ прошлогоднемъ отчетѣ, получивъ 1500 отвѣтовъ. Полученный матеріалъ частью уже разработанъ.

Библіотека Общества въ отчетномъ году продолжала пополняться. Къ 24 февраля 1916 г. въ ней состояло 778 отдѣльных томовъ и брошюръ, противъ 542 въ февралѣ 1915 г. и 300 въ февралѣ 1914 г. Для храненія и регистраціи книгъ приобрѣтены шкапы и устроенъ карточный каталогъ.

Изъ дѣятельности Общества за отчетный годъ нужно отмѣтить еще слѣдующее. Прежде всего, изслѣдуя вліяніе войны на народное хозяйство и мѣры къ облегченію послѣдствій войны, Общество въ засѣданіи своемъ отъ 11-го апрѣля принципиально высказалось за производство официальной общеперской переписи запасовъ продуктовъ массоваго питанія.

Въ истекшемъ году Общество привѣтствовало Вольно-Экономическое общество въ день его 150-лѣтняго юбилея и приняло участіе въ чествованіи проф. **А. С. Посникова** въ день его 70-лѣтія подношеніемъ адреса черезъ своего представителя, проф. **В. Я. Желѣзова**.

Къ Обществу въ лицѣ его предсѣдателя было обращено приглашеніе Отдѣла по устройству бѣженцевъ Земскаго и Городскаго союзовъ принять участіе въ совѣщаніи по вопросамъ регистраціи и отчетности; самарскаго городского головы — принять участіе въ областномъ сѣздѣ по борьбѣ съ дороговизной 15—17 іюня. На разсмотрѣніе Общества были присланы Центральнымъ статистическимъ комитетомъ проекты переписныхъ вѣдомостей по предстоящей 2-ой переписи населенія, нынѣ переданныя въ отдѣленіе Статистики. Съ своей стороны Общество избрало своихъ представителей въ совѣщаніе по вопросамъ современной дороговизны при Союзѣ городовъ, въ Экономическій совѣтъ того же Союза, въ Комитетъ при городской управѣ, организованный для борьбы съ современной дороговизной, въ совѣщаніе по поводу борьбы съ алкоголизмомъ при Обществѣ русскихъ врачей въ память Н. И. Пирогова, на сѣздѣ врачей по врачебно-санитарнымъ вопросамъ, устраиваемый тѣмъ же Обществомъ, въ Бюро объединенныхъ техническихъ организацій г. Москвы, въ организаціонное совѣщаніе по статистикѣ народнаго образованія при Петроградской губернской земской управѣ.

ОТЧЕТЪ Казначей Общества

П Р И Х О Д Ъ.	Р.	К.
Счетъ текущаго счета	20.484	99
» Комиссія по дороговизнѣ	22.522	28
» членскихъ взносовъ	1.685	—
» «Статистическаго Вѣстника».	1.569	03
Авансъ М. И. Богомазова	54	51
» Н. А. Свамицкаго	25	—
Состояло на 1 января 1915 г. на текущемъ счету	1.603	93
» » 1 » » у Казначей.	529	88
ИТОГО по доходу за 1915 г. . . .	48.474	62
Внесено на текущій счетъ (нетто).	644	46
	49.119	08

Сего 22 февраля 1916 г. Ревизіонная Комиссія провѣрила отчетъ г. Казначей, на 1 января 1916 г. 259 руб. 75 коп., остатокъ на текущихъ счетахъ (въ Народномъ 16 коп.) 2.477 руб. 84 коп. Оправдательные документы оказались въ полномъ порядкѣ.

имени А. И. ЧУПРОВА за 1915 годъ.

РАСХОДЪ.	Р.	К.
Счетъ текущаго счета	20.900	—
» Комиссіи по дороговизнѣ	21.640	29
» «Юридическаго Вѣстника».	150	—
» общихъ расходовъ.	895	24
» библіотеки	60	—
» земской статистики	230	19
» статист. отдѣл. — анкета.	200	—
» «Статистическаго Вѣстника».	1.951	26
» аванса М. И. Богомазова.	54	51
» Финансовой Комиссіи	300	—
ИТОГО по расходу за 1915 г.	46.381	49
Декабря 31. Состоить на текущемъ счету въ К. Б. И. В. Юнкеръ.	} 2.477	84
» » » Моск. Нар. Банкѣ.		
» » » наличными у Казначея.		
	259	75
	49.119	08

Казначей Общества имени А. И. Чупрова,
проф. Пав. Гензель.

нашла всѣ записи въ книгѣхъ правильными, наличность, согласно кассовой книгѣ, Банкѣ 1.723 руб. 68 коп. и въ Коммерческомъ Банкѣ «И. В. Юнкеръ и К^о» 754 руб.

Подписано: { В. С. Малченко.
И. Г. Коганъ.

Проектъ сметы Общества имени А. И. Чупрова на 1916 годъ.

1) Доходы: отъ членскихъ взносов и % по тек. сч.	2.050 руб. — коп.
возвратъ ссуды Финансовой комиссіи	300 » — »
возвратъ ссуды Комиссіи по изученію дороговизны	500 » — »
И т о г о	2.850 руб. — коп.

2) Расходы: 1) на покрытіе расходовъ по организаціи общихъ и секц. собраній, наемъ дѣлопроизводителя, разсылку повѣстокъ, почтовые и мелкіе расходы, бланки, бумагу и по сбору членскихъ взносов	1000 руб. — коп.
2) на печатаніе протоколовъ и участіе въ изданіи «Юридическаго Вѣстника»	250 » — »
3) на бібліотеку	100 » — »
4) на протоколы Комиссіи по вопросамъ земской статистики. Приплата Общества. . .	100 » — »
5) На анкеты	100 » — »
6) Изданіе «Статистическаго Вѣстника».	
Доходъ: подписка	1400 р.
пожертвованія.	600 »
	2000 р.
Расходъ	2500 »
Субсидія О-ва	500 руб. — коп.
7) Продолженіе ссуды Финанс. комиссіи . . .	300 » — »
8) Комиссія по изученію современ. дороговизны	
Доходъ: 1) остатокъ суммъ Комиссіи отъ 1915 г.	881 р. 99 к.
2) отъ продажи Трудовъ и пожертвованія . . .	3118 р. 01 к.
Предположены расходы комиссіей	4000 » — »
Ссуда Общества на срокъ 1 года.	500 руб. — коп.
	2,850 руб. — коп.

Издатель: Юридическое Общество
при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кустяковский.*

4-й ГОДЪ
ИЗДАНИЯ

Продолжается подписка на 1916 годъ

4-й ГОДЪ
ИЗДАНИЯ

на

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ,

ЖУРНАЛЪ МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

ПЕТРОГРАДСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА И ОБЩЕСТВА
ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ
НАУКЪ,

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ Б. А. КИСТЯКОВСКАГО.

Ближайшее участіе въ редакціи принимаютъ:

А. С. Алексѣевъ†, Н. Г. Вавинъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ,
Н. А. Кабуковъ, И. А. Кистяковский, М. М. Ковалевскій†, Э. Э. Кокошкинъ,
С. А. Котляревскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ,
І. А. Покровскій, Н. Н. Полянский и М. П. Чубинскій.

Въ вышедшихъ въ 1913, 1914 и 1915 гг. книжкахъ журнала, въ числѣ прочихъ, были помѣщены слѣдующія статьи:

Б. А. Кистяковский. Наши задачи. — Его же. Кризисъ юриспруденціи и дилетантизмъ въ философіи. — **П. И. Новгородцевъ.** Современное положеніе проблемы естественнаго права. — Его же. Психологическая теорія права и философія естественнаго права. — **Л. І. Петражицкій.** Къ вопросу о социальномъ идеалѣ и возрожденіи естественнаго права. — **І. А. Покровскій.** Сила или право? — Его же. Ирраціональное въ области права. — **А. Л. Саккетти.** Государство и народность. — **Е. В. Спекторскій.** Философія и юриспруденція. — Его же. Къ столѣтію исторической школы въ правовѣдѣніи. — Его же. Номинализмъ и реализмъ въ общественныхъ наукахъ. — **А. А. Мануиловъ.** Къ вопросу о предметѣ и характерѣ теоретической экономіи. — **Р. М. Орженцкій.** Къ вопросу о природѣ хозяйственныхъ явленій и методѣ ихъ изученія. — **А. С. Алексѣевъ.** Происхожденіе чрезвычайно-указнаго права и его политическое значеніе. — Его же. Реставрація Бурбоновъ и конституціонные акты, предшествовавшіе хартіи 1814 года. — Его же. Исторія разработки французской конституціонной хартіи 4 іюля 1814 года. — Его же. Манифестъ 17 октября 1905 г. и политическое движеніе, его вызвавшее. — **Н. Н. Алексѣевъ.** Военный плѣнъ и международное право. — **П. И. Алексѣевъ.** Отвѣтственность государства за чиновниковъ. — Его же. Чиновники и политика. — **М. Б. Горенбергъ.** Юридическое значеніе манифеста 17 октября 1905 г. — **Н. В. Давыдовъ.** Л. Н. Толстой и Судъ. — **В. В. Ивановскій.** Политико-культурное значеніе манифеста 17 октября 1905 г. — **М. М. Ковалевскій.** Преемственность или прерывность законодательныхъ работъ. — **Э. Э. Кокошкинъ.** Юридическая природа манифеста 17-го октября. — **С. А. Котляревскій.** Сущность парламентаризма. — **С. А. Корфъ.** Конституція Невша-теля 1814 года. — Его же. Понятіе суверенитета. — Его же. Реформа Сената. — Его же. Л. Мехелинъ. — **А. М. Кулишеръ.** Защита субъективныхъ публичныхъ правъ посредствомъ иска. — Его же. Государственное единство Англіи и Гомруль. — **Я. М. Магазинеръ.** Юридическое значеніе манифеста 17 октября 1905 г. — **А. Н. Нерсесовъ.** Нейтрализованныя государства. — **Н. И. Палиенко.** Правовое значеніе манифеста 17 октября 1905 г. — **К. Н. Соколовъ.** Манифестъ 17 октября и право запросовъ. — **Б. Е. Шацкий.** Конституціонный кризисъ въ Соединенныхъ Штатахъ. — **Б. П. Базилевъ.** Тѣлесныя

Юридическій Вѣстникъ.

наказанія по русскому дѣйствующему праву. — **П. И. Люблинскій.** Публичная защита въ уголовномъ процессѣ. — Его же. Понятіе наказанія. — **Н. Н. Полянскій.** Къ вопросу о правахъ частныхъ лицъ на субсидіарное обвиненіе. — **М. П. Чубинскій.** Истребленіе плода и проблема его наказуемости. — Его же. Юбилей судебныхъ уставовъ и его отраженіе въ литературѣ. — Его же. Профессоръ И. Я. Фойницкій. — Его же. Памяти Е. Д. Синицаго. — **В. Н. Ширяевъ.** Понятіе должностного преступленія. — **М. И. Брунъ.** Коллизіонныя нормы въ юриспруденціи XIV—XX вв. о состояніи лица. — **П. И. Бѣшевъ.** Слѣды первобытныхъ представленій о природѣ и человѣкѣ въ исторіи гражданского права. — Его же. Холопство и долговья отношенія въ древнемъ русскомъ правѣ. — **А. Э. Вормсъ.** Законъ и обычай въ наслѣдованіи укрестьянъ. — Его же. Проекты закона о наслѣдованіи въ крестьянскихъ земляхъ. — **Д. М. Генкинъ.** Относительная недействительность сдѣлокъ. — Его же. А. В. Завадскій. — **А. М. Долматовскій.** Юридическая природа найма имущества. — **А. В. Завадскій.** Къ юридической сторонѣ спора между графинями А. Л. и С. А. Толстыми о рукописяхъ Л. Н. Толстого. — Его же. П. П. Цитовичъ. Краткая характеристика его научной дѣятельности. — Его же. По поводу юбилея сенатора В. Л. Исаченка. — **Д. М. Мейчикъ.** Русская правда XI вѣка. — **А. Н. Пареного.** Гражданскіе отвѣтки за подсудимыхъ въ уголовномъ судѣ. — **С. Е. Сабининъ.** Къ вопросу о значеніи юриспруденціи въ римскомъ правѣ. — **Бар. А. А. Симолнъ.** Два вопроса изъ области авторскаго права. — **В. И. Синайскій.** Первые страницы русскаго законопроекта обязательственнаго права въ сравненіи съ германскимъ и швейцарскимъ уложеніемъ. — Его же. Война и особенныя заведенія. — **Л. С. Таль.** Проблема власти надъ человѣкомъ въ гражданскомъ правѣ. — Его же. Юридическая природа организаціи или внутренняго порядка предпріятія. — **А. Н. Филипповъ.** «Русская Правда» въ изслѣдованіи нѣмецкаго ученаго. — **Т. М. Яблочковъ.** Формы «спора» и «неоспариванія» въ гражданскомъ процессѣ. — **А. Э. Вормсъ.** Профессоръ Г. Ф. Шершеневичъ, какъ коммерціалистъ. — **Б. П. Вышеславцевъ.** В. А. Савальскій. — **Е. Н. Ефимовъ.** А. Ф. Кистяковскій и его научное наслѣдіе. — **И. А. Кистяковскій.** Г. Ф. Шершеневичъ какъ цивилистъ. — **А. Н. Фатѣевъ.** М. М. Сперанскій. Къ 80-лѣтію вступленія въ силу Свода законовъ. — **Кн. К. В. Кекуатовъ.** Земскія товарищества по закону 1906 года. — Его же. Союзъ и товарищества. — **Н. В. Давыдовъ.** Юридическое Общество, состоящее при Императорскомъ Московскомъ университетѣ, — и др.

Приложенія: Протоколы засѣданій Юридическаго Общества при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ, Протоколы засѣданій Юридическаго Общества при Императорскомъ Каванскомъ Университетѣ и Протоколы засѣданій Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ.

Юридическій Вѣстникъ выходитъ четыре раза въ годъ: въ февралѣ, въ апрѣлѣ, октябрѣ и декабрѣ — книгами размѣромъ отъ 10 до 12 печатныхъ листовъ. Адресъ редакціи: Москва, Пречистенка, Б. Левшинскій пер., д. № 13, кв. 8.

Оставшіеся въ небольшомъ количествѣ комплекты «Юридическаго Вѣстника» за 1913 и 1914 годы продаются по 8 рублей. Для лицъ, подписавшихся на 1916 г., цѣна остается прежняя — 6 рублей. Нѣсколько оставшихся годовыхъ комплектовъ за 1915 г. продаются по 10 рублей за комплектъ.

Подписная цѣна на 1916 годъ — 6 рублей, на полгода — 3 рубля съ пересылкою и доставкою. Цѣна каждой книги въ отдѣльной продажѣ 2 рубля. Подписка принимается въ конторѣ журнала **Юридическій Вѣстникъ** въ Москвѣ, Поварская, Трубниковскій пер., д. 19, кв. 34. Телсф. 1.01.36. Въ Кіевѣ подписка принимается въ книжномъ магазинѣ Н. Я. Оглоблина, Крещатикъ, д. № 33.

Редакторъ: Б. А. Кистяковскій.

Издатель: Юридическое Общество при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Юридическій Вѣстникъ.

Продолжается подписка на 1916 годъ

на еженедѣльный журналъ

„ВѢСТНИКЪ ПРАВА“

Органъ адвокатуры, нотариата, суда.

Издается въ Москвѣ

IX г. изданія.

и выходитъ каждое воскресенье.

IX г. изданія.

при ближайшемъ участіи: члена Моск. Окр. Суда П. И. Астрова, И. С. Вольмана проф. А. Э. Вормса, проф. М. Н. Гернета, Н. К. Муравьева, бывш. прив.-доц. Н. Н. Полянскаго, прив.-доц. В. М. Устинова и И. С. Урысона и при прежнемъ составѣ сотрудниковъ.

„ВѢСТНИКЪ ПРАВА“ является органомъ юристовъ, практиковъ—Адвокатовъ, Нотариусовъ и Судей—и ставитъ себѣ цѣлью освѣщеніе вопросовъ текущаго законодательства, судебной административной и нотариальной практики.

Въ 1915 году въ «Вѣстникъ Права» были между прочимъ помѣщены слѣдующія статьи: **Арсеньевъ**. 1) Судъ и адвокатура. 2) А. О. Кони 1865—1915 г. **П. И. Астровъ**. 1) Война и право. 2) Законодательное предположеніе о вѣнчаемыхъ дѣтяхъ. **А. Н. Бутовскій**. Исправленіе и дополненіе вотчинныхъ актовъ. **А. Винаверъ**. Институтъ Представительства въ Проектъ «Обязательственнаго Права» 14 октября 1913 г. **М. Вишнякъ**. Коалиционное отвѣтственное правительство съ точки зрѣнія государственнаго права. **И. Вольманъ**. Вводъ во владѣніе въ системѣ укрѣпленія права собственности на недвижимость. **А. Вормсъ**. 1) Новое изданіе Свода Законовъ Гражданскихъ. Законы Гражданскіе—изданіе 1914 г. 2) Рѣшеніе общаго собранія Сената 9-го 1915 г. о лишеніи правъ судебной защиты враждебныхъ иностранцевъ. **М. Н. Гернетъ**. Полѣвка работы А. О. Кони. **В. М. Гордонъ**. Настѣдье сенатора В. Л. Исаченко. **Э. Гей**. Вопросы чековаго права. **М. Л. Гольштейнъ**. Памятникъ пятидесятилѣтія русской адвокатуры. **Е. Данилова**. Судебная практика торговой жизни. **А. М. Долматовскій**. Расторжимы ли вслѣдствіе запрещенія продажи крѣпкихъ напитковъ договоры найма помѣщеній для торговли? † **А. В. Завадскій**. Измѣненія, внесенныя закономъ 10 іюня 1914 г. въ институтъ соучастія. **Н. Идельсонъ**. Допросъ свидѣтелей въ уголовномъ процессѣ. **В. В. Исаченко**. Неопубликованныя рѣшенія гражд. Кассац. Департ. Правит. Сената. **А. О. Кони**. 1) Заключительныя пренія сторонъ въ уголовномъ процессѣ. 2) Участіе прокурора въ заключительныхъ преніяхъ по судебному слѣдствію. 3) Рѣчь защитника въ уголовномъ процессѣ. **С. А. Котляревскій**. Административная аequitas и общественная справедливость. **С. А. Криличевскій**. О спорахъ противъ цѣны иска. **П. И. Люблинскій**. Судебные уставы за 50 лѣтъ (издан. Министр. Юстиціи). **В. А. Маклаковъ**. Еврейскій вопросъ въ адвокатурѣ. **Д. М. Мейчикъ**. Начала выгоды и законности при продажѣ имѣній малолѣтнихъ. **А. Паренаго**. Волостной Судъ по закону 15 іюня 1912 г. **А. В. Позняковъ**. Testamentum militare (воинское завѣщаніе и необходимость его реформированія). **Проф. Б. Поповъ**. Мировая сдѣлка, прекращеніе дѣла и судебное рѣшеніе. **В. Случевскій**. Гражданскій искъ въ уголовномъ процессѣ. **А. С. Тагеръ**. Предсѣдатель въ уголовномъ процессѣ и предѣлы судебного изслѣдованія. **М. Фельдштейнъ**. Идея парламентаризма и германская политика. **Е. Флейшицъ**. Вѣнчаемая семья въ практикѣ Сената. **В. Н. Челищевъ**. Встрѣчный искъ, подвѣдомственный окружному суду въ производствѣ мирового судьи. **Б. В. Чрединъ**. Великая война и начала права. **Проф. Т. Яблочковъ**. Патриотизмъ въ правосудіи.

Всѣ подписчики журнала получаютъ слѣдующія бесплатныя приложенія:

Три сборника рѣшеній Правит. Сената (Гражд., Уголов. и Общ. собраній) съ комментаріями (первые три сборника «Архива судебной практики и законодательства»). Подписная цѣна 9 руб. въ годъ. Допускается разсрочка: при подпискѣ 5 руб. и къ 1 апрѣля 4 руб.

Подписчики «Вѣстника Права» за сборники—«Важнѣйшіе указы Судебнаго Департамента» за 1914 г. и «Полный перечень Собранія Узаконеній» платятъ по 75 коп. за каждый. Подписчики «Вѣстника Права», желающіе получить Алфавитный Указатель лицъ, огранич. въ правоспособ. и освобожденныхъ отъ ограниченія въ правосп. за 1915 годъ—доплачиваютъ къ подписной цѣнѣ 1 руб.

Адресъ Редакціи и Конторы: Москва, Мясницкій переул., 4, тел. 2-55-90.

Юридическій Вѣстникъ.

ПРОДОЛЖАЕТСЯ ПОДПИСКА НА 1916 ГОДЪ

IV-й годъ
изданія.

на журналъ

IV-й годъ
изданія.

ВѢСТНИКЪ

ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА,

издаваемый М. М. Винаверомъ

при ближайшемъ участіи

проф. Д. Д. Гримма, проф. В. Б. Ельяшевича,
проф. М. Я. Пергаментъ, проф. І. А. Покровскаго.

Журналъ выходитъ ежемѣсячно, за исключеніемъ іюня, іюля, августа и сентября, книжками объемомъ 10 листовъ каждая.

Подписная цѣна 6 руб. въ годъ. Допускается разсрочка: 3 руб. 50 к. при подпискѣ и 2 руб. 50 к. къ 1-му мая.

Адресъ конторы: Петроградъ, Литейный пр., 28, книжный складъ „Право“, телефонъ 41—61.

Адресъ редакціи: Петроградъ, Захарьевская, 25, кв. 14, тел. 522—50.

ПРИНИМАЕТСЯ ПОДПИСКА НА

ИЗВѢСТІЯ

Министерства Иностранныхъ Дѣлъ

(пятый годъ изданія).

Въ 1916 г. журналъ будетъ выходить каждые два мѣсяца, книгами около 15 листовъ. Въ программу „Извѣстій Министерства Иностранныхъ Дѣлъ“ входятъ: международные договоры, заключенные Россіей; русское законодательство; международные договоры иностранныхъ государствъ; дипломатическая переписка; административная и судебная практика; консульскія донесенія; статьи, замѣтки и матеріалы по вопросамъ международного права, исторіи международныхъ сношеній и по внѣшней торговой политикѣ; библіографія.

Подписная цѣна — 6 руб. въ годъ, за границу — 7 руб. 50 коп. Подписка и объявленія принимаются въ главной конторѣ — книжномъ магазинѣ А. Ф. Цинзерлинга (Мелье и К^о) — Невскій, 20, Петроградъ. Редакція „Извѣстій Министерства Иностранныхъ Дѣлъ“ помѣщается въ Петроградѣ, Дворцовая пл., 6, зданіе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Редакторъ Бар. Б. Э. Нольде.

Юридическій Вѣстникъ.

ОТКРЫТА ПОДПИСКА

на политико-экономическій, финансовый и биржевой журналъ

ФИНАНСОВАЯ ЖИЗНЬ

на 1916 годъ.

(3-й годъ изданія.)

Въ Петроградѣ и въ провинціи на годъ — 8 рублей, на полгода — 4 р. 25 к.

„Финансовая жизнь“ выходитъ еженедѣльно по четвергамъ. „Финансовая жизнь“ журналъ, посвященный разработкѣ финансовыхъ и экономическихъ вопросовъ русской и заграничной жизни. „Финансовая жизнь“ будетъ давать точныя сообщенія о состояніи биржъ и денежныхъ рынковъ главныхъ центровъ Европы, а также критическіе обзоры дѣятельности акціонерныхъ кредитныхъ учреждений и промышленныхъ предпріятій, фондовыхъ и товарныхъ биржъ въ Россіи. „Финансовая жизнь“ будетъ давать переодическія подробныя свѣдѣнія по горной, нефтяной и металлургической промышленности, по дѣламъ пароходства и по страховому дѣлу, а также отчеты предпріятій этихъ отраслей. „Финансовая жизнь“ будетъ удѣлять и въ 1916 г. особое вниманіе вопросамъ, связаннымъ съ нынѣшней міровой войной; дастъ обзоры финансоваго вліянія войны на отдѣльныя предпріятія и статьи, посвященныя предстоящимъ мѣропріятіямъ отечественной промышленности и торговли.

Въ журналѣ ведется специальный справочный отдѣлъ о времени общихъ собраній и выдачѣ дивиденда акціонерныхъ обществъ.

Контора редакціи: Петроградъ, Невскій, 65. Телеф. 272-50, 659-40.

Редакторъ-Издатель: канд. коммерч. наукъ М. М. Коцень.

ОТКРЫТА ПОДПИСКА НА 1916 ГОДЪ

(Годъ изданія шестой)

на двухнедѣльный библиографическій журналъ

„ИЗВѢСТІЯ“

Юридическаго книжнаго склада „ПРАВО“

Программа „Извѣстій“: Списки новыхъ изданій книжнаго склада «Право». Систематическій указатель новыхъ книгъ по вопросамъ правовѣднія и обществовѣднія. Библиографія. Новости юридическаго книжнаго рынка. Перечень журнальныхъ статей по юридическимъ вопросамъ. Отзывы печати о юридическихъ трудахъ. Перечень книгъ, поступившихъ въ редакцію Объявленія.

Подписная цѣна: 1 годъ—1 руб., 1/2 года—50 коп., съ доставкой и пересылкой

Адресъ главной конторы «ИЗВѢСТІЙ»—Юридич. книжный складъ «ПРАВО»

Петроградъ, Литейный просп., 28.

Юридическій Вѣстникъ.

ВЫШЛА НОВАЯ КНИГА.

Б. А. Кистяковский.

СОЦИАЛЬНЫЯ НАУКИ и ПРАВО.

ОЧЕРКИ ПО МЕТОДОЛОГИИ

СОЦИАЛЬНЫХЪ НАУКЪ И ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА.

Москва 1916. * Цѣна **5** руб.

Изданіе **М. и С. Сабашниковыхъ.** Тверской бульваръ, д. 6. 

Юридическій Вѣстникъ.

Цѣна 2 руб.

H
8
.I901
v. 15

Iuridicheskii
Viestnik

1916

Nov 12 '65 W

Bindery

H
8

Iuridicheskii viestnik.

.I901

1916

UNIVERSITY OF CHICAGO



097 923 354